

München, 1960.

**Zur Problematik eines Kriteriums
zwischen
Teilhaberschaft und Aktie**

Lambros Kotsiris

**Zur Problematik eines Kriteriums
zwischen
Teilhaberschaft und Aktie**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Lambros Kotsiris
aus Athen / Griechenland

München 1960

Referent: Prof. Dr. R. DIETZ
Korreferent: Prof. Dr. H. KRAUSE

Tag der mündlichen Prüfung: 21.7.1960



Ἀφιερῶται
εἰς τοὺς ἀγαπημένους μου γονεῖς

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
1. KAPITEL: DAS PROBLEM	
I. Die Stellung des Problems	1
II. Interesse und praktische Bedeutung des Problems	3
III. Die Schwierigkeit zur Lösung	5
2. KAPITEL: DIE GESELLSCHAFT ALS VERBAND UND DIE VERBANDSGLIEDSCHAFT	
I. Die Gesellschaft und ihre Bedeutung	7
II. Verband und Verbandsgliedschaft	10
3. KAPITEL: OFFENE HANDELSGESELLSCHAFT UND TEILHABERSCHAFT	
I. Begriff und Natur der OHG	15
II. Die Teilhaberschaft	22
4. KAPITEL: AKTIENGESELLSCHAFT UND MITGLIEDSCHAFT	
I. Der Begriff der AG	26
II. Die Aktie im Sinne der Mitgliedschaft	28
III. Die Mitgliedschaft verkörpert in der Aktienurkunde	31
5. KAPITEL: THEORIEN UND KRITIK	
I. Vergleichsmöglichkeit	35
II. Theorien und Kritik	38
a) Allgemeines	38
b) Die Gleichheit und Gleichwertigkeit der Aktie	38
c) Die Unteilbarkeit der Aktie	40
d) Die Negoziabilität der Aktie	41
e) Die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils	45

1. Allgemeines	45
2. Bravard-Veyrières Theorie	47
3. Die Unübertragbarkeit der Teilhaberschaft	48
4. Die Übertragbarkeit der Aktie	54
5. Die Übertragbarkeit der Aktie als Kriterium	59
6. Sekundäre Kennzeichen	62
1) Der Sitz der Gesellschaft	62
2) Das Recht an Gewinnbeteiligung	62
3) Die Sachfirma	62
4) Der Nominalbetrag	63
5) Die Vielheit von Mitgliedern	64
f) Die Aushändigung einer Aktienurkunde	65
g) Die beschränkte Haftung	66
1. Die absolute Theorie Demolombes	67
2. Die Doktrin des doppelten Kriteriums der Aktie	67
6. KAPITEL: ZUR PROBLEMATIK DER ENTDECKUNG EINES KRITERIUMS	
I. Die Übertragbarkeit - Begriffsmerkmal der Aktie	70
II. Gemischte Gesellschaftstypen	73
a) Das Typische und das Atypische im Gesellschaftsrecht	73
b) Die Mischung der Gesellschaftstypen	76
SCHLUSS	79
LITERATURVERZEICHNIS	III

LITERATURVERZEICHNIS

- ALFTER Die Lebensschicksale der AG in theoretischer Beleuchtung,
Jena 1932.
- ALIX, P., Les sociétés anonymes au Brésil,
Paris 1931.
- ANASTASIADIS, Handelsrecht,
Athen 1925.
- ARTHUYS, Traité de sociétés commerciales,
Paris 1917.
- BATBIE, Observations sur la différence entre l'action et
l'intérêt, Revue critique de législation et de jurisprudence,
Bd. 34, 1869, S. 328 ff., 413.
- BEAUDANT, Des caractères distinctifs de l'intérêt et de l'action en
matière de sociétés,
in: Revue critique de législation et de jurisprudence,
Bd. 34, 1869, S. 135 ff., 402.
- BEHREND, Lehrbuch des Handelsrechts, I,
1886.
- BRAND, Das HGB mit Ausschluß des Seerechts, 1911.
- BRAVARD-VEYRIÈRES ET DEMANGEAT,
Traité de droit commercial,
2. Auflage, 1887.
- BRICE, A Treatise on the Doctrine of Ultra-Vires,
London 1893.
- BUCHDA, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre,
Marburg 1936.
- COHN, Die Aktiengesellschaft,
Zürich 1921.
- COSACK, Handelsrecht,
9. Auflage, Stuttgart 1922.

- CROSE Bened., Logik als Wissenschaft vom reinen Begriff,
Nach der 4. Auflage übersetzt von F. Noeggerath
in den von Hans Feist herausgegebenen Gesammelten
Philosophischen Schriften in der deutschen Übertragung,
I. Reihe, 2. Band, 1930
- CURTI, Manuel de droit civil et commercial anglais,
Paril 1928.
- DELANGLE, Sociétés commerciales, 2 vol.,
Paris 1928.
- DEMANTE, Cours analytique de droit civil,
1862.
- DEMOLOMBE, Cours de Code Civil,
Bruxelles 1863.
- DERNBURG, Das Bürgerliche Recht, II,
23. Auflage, 1906.
- DIECKMANN, Die Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen
bei der OHG,
Diss., Göttingen 1936.
- DUCCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN,
Cours de Code Civil,
Paris 1848 - 1851
- DÜRINGER-HACHENBURG (GEILER)
Kommentar zum HGB,
3. Auflage, 1932.
- ELIACHEVITSCH-TAGER-NOLDE,
Traité de droit civil et commercial des sociétés,
Paris 1930
- ENDEMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
8. Auflage, 1903.
- ENGLÄNDER, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft,
Berlin 1914.
- ENNECCERUS-LEHMANN,
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II,
Tübingen 1958.

- ESCARRA, Jean, Les sociétés commerciales,
Paris 1950.
- ESCARRA, M., Les restrictions conv. de la transmissibilité des actions,
Annales de droit commercial,
1911, S. 352 ff.
- FÉASSE, Les sociétés anonymes dans la République Argentine,
Paris 1928.
- FISCHER, A., Subjekt und Vermögen,
in: Festschrift für Ed. Rosenthal,
Jena 1923.
- FISCHER, C., Die handelsrechtlichen Unterschiede zwischen
Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften
in: Steuer und Wirtschaft,
1949, S. 979.
- FISCHER, R., Die Personenvereinigungen,
in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts,
Leipzig 1916.
- FRAISSAINGEA, Le double criterium de l' action,
Annales de droit commercial,
Bd. 28, 1914.
- GAREIS, Das deutsche Handelsrecht,
8. Auflage, 1909.
- GIERKE, J. v., Handelsrecht und Schiffahrtsrecht,
8. Auflage, Berlin 1958.
- GIERKE, Otto v., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung,
1887.
- GIERKE, Otto v., Deutsches Privatrecht,
I: 1895; II: 1905; III: 1917.
- GIERKE, Otto v., Das Wesen der menschlichen Verbände,
1902.
- GIERKE, Otto v., Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht,
ArchbürgR 19, 114 ff.
- GOGOS, Die Geschäftsführung der OHG,
Tübingen 1953.

- GOLDMANN, Das Handelsgesetzbuch II,
1905.
- GOLDSCHMIDT, F., Die Aktiengesellschaft,
München 1927.
- GOLDSCHMIDT, L., System des Handelsrechts,
4. Auflage, Stuttgart 1892.
- HACHENBURG, Kommentar zum GmbH-Gesetz,
5. Auflage, 1926.
- HAFF, Institutionen der Persönlichkeitslehre,
Zürich 1918.
- HAFF, Praxis II, 178 ff., 1928.
- HAGEMANN, Der Eintritt eines Gesellschafters in die OHG,
Diss., Jena 1911.
- HAMEL, W., Die Rechtsnatur der Offenen Handelsgesellschaft,
Tübingen 1953.
- HAMEL-LAGARDE, Traité de droit commercial,
Paris 1954.
- HÄMMERLE, Handelsrecht,
Graz 1959.
- HAUPT-REINHARDT, Gesellschaftsrecht,
4. Auflage, Tübingen 1952.
- HEINSHEIMER, K., Mitgliedschaft und Ausschließung,
Berlin 1913.
- HEINSHEIMER, K., Handels- und Wechselrecht,
Berlin 1924.
- HEINSHEIMER, R., Über die Teilhaberschaft,
Heidelberger Abhandlungen, Heft 12, 1930.
- HÉMAR, Théorie et pratique des nullités de sociétés
et des sociétés de fait,
2. Auflage, Paris 1926.
- HEYMANN, E., Handelsrecht,
Wien 1944.

- ESCARRA, Jean, Les sociétés commerciales,
Paris 1950.
- ESCARRA, M., Les restrictions conv. de la transmissibilité des actions,
Annales de droit commercial,
1911, S. 352 ff.
- FÉASSE, Les sociétés anonymes dans la République Argentine,
Paris 1928.
- FISCHER, A., Subjekt und Vermögen,
in: Festschrift für Ed. Rosenthal,
Jena 1923.
- FISCHER, C., Die handelsrechtlichen Unterschiede zwischen
Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften
in: Steuer und Wirtschaft,
1949, S. 979.
- FISCHER, R., Die Personenvereinigungen,
in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts,
Leipzig 1916.
- FRAISSAINGEA, Le double criterium de l' action,
Annales de droit commercial,
Bd. 28, 1914.
- GAREIS, Das deutsche Handelsrecht,
8. Auflage, 1909.
- GIERKE, J. v., Handelsrecht und Schiffahrtsrecht,
8. Auflage, Berlin 1958.
- GIERKE, Otto v., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung,
1887.
- GIERKE, Otto v., Deutsches Privatrecht,
I: 1895; II: 1905; III: 1917.
- GIERKE, Otto v., Das Wesen der menschlichen Verbände,
1902.
- GIERKE, Otto v., Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht,
ArchbürgR 19, 114 ff.
- GOGOS, Die Geschäftsführung der OHG,
Tübingen 1953.

- GOLDMANN, Das Handelsgesetzbuch II,
1905.
- GOLDSCHMIDT, F., Die Aktiengesellschaft,
München 1927.
- GOLDSCHMIDT, L., System des Handelsrechts,
4. Auflage, Stuttgart 1892.
- HACHENBURG, Kommentar zum GmbH-Gesetz,
5. Auflage, 1926.
- HAFF, Institutionen der Persönlichkeitslehre,
Zürich 1918.
- HAFF, Praxis II, 178 ff., 1928.
- HAGEMANN, Der Eintritt eines Gesellschafters in die OHG,
Diss., Jena 1911.
- HAMEL, W., Die Rechtsnatur der Offenen Handelsgesellschaft,
Tübingen 1953.
- HAMEL-LAGARDE, Traité de droit commercial,
Paris 1954.
- HÄMMERLE, Handelsrecht,
Graz 1959.
- HAUPT-REINHARDT, Gesellschaftsrecht,
4. Auflage, Tübingen 1952.
- HEINSHEIMER, K., Mitgliedschaft und Ausschließung,
Berlin 1913.
- HEINSHEIMER, K., Handels- und Wechselrecht,
Berlin 1924.
- HEINSHEIMER, R., Über die Teilhaberschaft,
Heidelberger Abhandlungen, Heft 12, 1930.
- HÉMARD, Théorie et pratique des nullités de sociétés
et des sociétés de fait,
2. Auflage, Paris 1926.
- HEYMANN, E., Handelsrecht,
Wien 1944.

- HILDEBRAND-SCHRÖDER,
Handelsgesetzbuch,
3. Auflage, Berlin 1955.
- HOUPIIN et BOSVIEUX,
Traité général, théorique et pratique des sociétés,
7. Auflage, Paris 1935.
- HUECK, K.,
Das Recht der OHG,
Berlin 1946
- JAEGER,
Die OHG im Zivilprozeß,
Leipziger Festgabe für Sohm, 1915.
- IHERING, v.,
Der Zweck im Recht,
4. Auflage, 1904.
- JULIOT-MORANDIÈRE,
Droit Commercial,
Dalloz, 1959.
- KELLER,
Psychologie und Philosophie des Wollens,
München 1954.
- KNOCKE,
Das Recht der Gesellschaft,
1901.
- KOHLER,
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 2,
1919
- KOHLER,
Die OHG als juristische Person,
Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 74/459.
- KRÜCKMANN,
Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen,
in: Iherings JB, 74/69.
- KUNTZE,
Die Lehre von den Inhaberpapieren,
Leipzig 1857.
- LACOUR et BOUTERON,
Précis de droit commercial,
3. Auflage, Paris 1925.
- LEHMANN, H.,
Handelsrecht II,
Berlin 1919.
- LEHMANN, K.,
Das Recht der Aktiengesellschaften,
I: 1898; II: 1904, Berlin.

- LEHMANN-RING, Das Handelsgesetzbuch I,
2. Auflage, 1914.
- LYON-CAEN et RENAULT,
Traité de droit commercial,
5. Auflage, Paris 1926 - 1929.
- MAGNUS and ESTRIN,
Companies,
London 1957.
- MAKOWER, Handelsgesetzbuch,
13. Auflage, Berlin 1906.
- MALEPEYRE et JOURDAIN,
Sociétés par actions,
Paris 1905.
- MARTINENGHI, Manuale delle società azionarie,
Mailand 1959.
- MOLINIER, Traité de droit commercial,
1851.
- MOSSA, Trattato del nuovo diritto commerciale,
IV, Società per azioni, Padova 1957.
- MÜLLER-ERZBACH, Deutsches Handelsrecht,
2/3. Auflage, 1928.
- MÜLLER-ERZBACH, Das private Recht der Mitgliedschaft,
1948.
- NÄGELE, Die Mitgliedschaftspapiere,
in: Heidelberger Abhandlungen, 1937.
- NEUFELD-SCHWARZ, Handelsgesetzbuch I,
1931.
- OERTMANN, Kommentar zum BGB, II, 2,
5. Auflage, 1929.
- PARDESSUS, Droit commercial,
6. Auflage, 1856/1857.
- PASSOW, Die Aktiengesellschaft,
Jena 1922.

- ULICK, Die eingetragene Genossenschaft,
Tübingen 1954.
- VONI, Theoria delle Società,
Mailand 1953.
- TIMEJAS, Handelsrecht,
Athen 1928.
- SKO, Das Kaufmännische Unternehmen,
Ehrenbergs Hdb II/195 ff.
- ANCK's, Kommentar zum BGB,
4. Auflage, 1930.
- IDOR, Die Schuldverhältnisse zwischen der OHG und
einem ihrer Einzelgesellschafter,
Diss., Borna-Leipzig 1911.
- NAUD, Das Recht der Aktiengesellschaft,
Leipzig 1875
- ENZ, Zur Frage des Wechsels der Gesellschafter
bei OHG und KG,
Diss., Tübingen 1937.
- PERT, Traité élémentaire de droit commercial,
Paris 1948.
- PERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne,
1946.
- VIÈRE, Commentaire de la loi de 27-7-1867.
- UTH, Eintritt und Austritt von Mitgliedern,
ZHR, 1929, 88/460.
- CHÖNFELD, Zur Konstruktion der OHG,
Ihering Jahrb., Bd. 75, S. 333 f.
- CHREIBER, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien,
München 1925.
- BER, Grundriß des Schuldrechts,
1931.
- LBERSCHMIDT, Beteiligung und Teilhaberschaft,
Halle 1915.

- SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch,
4. Auflage, 1929.
- SOHM, Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des
Bürgerlichen Rechts,
1905.
- SOMLO, Juristische Grundlehre, Leipzig 1927.
- STAMMLER, R., Lehrbuch der Rechtsphilosophie,
3. Auflage, 1928.
- STAMMLER, Unbestimmtheit des Rechtssubjektes,
1907.
- STAUB-PINER, Kommentar zum HGB, I,
14. Auflage, 1932.
- STAUDINGER-GEILER, Kommentar zum BGB, II/3,
9. Auflage, 1929.
- STEINER, Die OHG und die KG in der deutschen Wirtschaft,
Tübingen 1950.
- STOBBE-LEHMANN, Handbuch des Deutschen Privatrechts, II, 1,
3. Auflage, 1896
- TELLER, Partnership,
New York 1949.
- THALLER, Traité élémentaire de droit commercial,
Paris 1925.
- THALLER, Du droit de préemption,
Annales de droit commercial, 1903, S. 303.
- THALLER et PIC, Sociétés commerciales,
Paris 1925.
- THEIS, Grundfragen der Rechtsstellung des Aktionärs
im Gemeinschaftsrecht,
Marburg 1940.
- TROPLONG, Sociétés,
1843.

- TSIRINTANIS, Vorlesungen des Handelsrechts
an der Universität Athen, 1953.
- THUR, v., Der allgemeine Teil des deutschen
bürgerlichen Rechts, Bd. 1 - 3,
1910 - 1913.
- RYN, van, Principes de droit commercial,
Brüssel 1957,
- VAVASSEUR, Du caractère distinctif de l'action de l'intérêt,
Revue des sociétés, 1889, S. 608.
- VAVASSEUR, Traité théorique et pratique des sociétés par actions,
Paris 1889.
- VAVASSEUR-BOISTEL, Manuel du droit commercial,
Paris 1887.
- WAHL, Action et intérêt,
Recueil de Sirey, 1909, 1, S. 577.
- WAHL, Précis théorique et pratique de droit commercial,
Paris 1922.
- WARNEYER, Kommentar zum BGB,
2. Auflage, 1930.
- WEIPERT, Kommentar zum HGB,
Berlin 1942.
- WIELAND, Handelsrecht,
I: 1921; II: 1931.
- WÜRDINGER, H., Theorie der schlichten Interessengemeinschaften,
Stuttgart 1934.
- WÜRDINGER, H., Das Recht der Personalgesellschaft,
Hamburg 1937.
- ZITELMANN, Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen,
in: Iherings Jahrbücher, Bd. 73, S. 185.

1. K A P I T E L

DAS PROBLEM

I. Die Stellung des Problems

"Dein Vorteil ist mein Vorteil, mein Vorteil ist dein Vorteil" (1), dies ist das starke Bindemittel, das unsere heutigen Erwerbsgemeinschaften zusammenhält. Die gemeinsame Förderung des gemeinsamen Interesses ist der Zweck bei all den verschiedenen Formen, die die Wirtschaftsentwicklung herausgebildet hat. Drei Dinge sind es vor allem, die der Erwerbstätige zu seiner Verfügung haben muß, um sich in dem Kampfe des scharfen Wettbewerbs unserer Tage behaupten zu können: technische Kenntnisse, kaufmännische Gewandtheit und Kapital.

Nur wenige aber sind heute in der Lage, über diese drei wichtigsten Hilfsmittel verfügen zu können. Dem einen fehlt die kaufmännische Fähigkeit, dem anderen das Kapital (2) usw. In der Erkenntnis, daß des Einzelnen Kräfte unzulänglich sind, tun sich daher viele zusammen, um mit vereinten Kräften ihr Ziel zu erreichen (3).

Die Handelsgesellschaften sind darauf zugeschnitten, den Betrieb eines Unternehmens mit vereinten Kräften zu ermöglichen, womit aber nicht gesagt ist, daß sie tatsächlich immer einem solchen Betrieb dienen (4). Sie umfassen einmal Verbände, deren Mitglieder dem Gesellschaftsunternehmen sowohl ihre Arbeitskraft wie ihre Kapitalkraft oder einen Teil derselben widmen wollen, wie die sogenannten Personalgesellschaften (5), oder Verbände, deren Mitglieder allein mit ihrem Kapital beteiligt sind, wie die sogenannten Kapitalgesellschaften (6).

Dieser Unterschied beruht weder auf dem Gegenstand noch auf dem Typus der Gesellschaft. Es ist nur eine Folge der Rolle, die die Persönlichkeit der Gesellschafter, sowohl in den Beziehungen untereinander als auch in den Beziehungen der Gesellschafter oder der Gesellschaft zu Dritten spielt.

Das Hauptelement in den Personalgesellschaften ist die Persönlichkeit des Gesellschafters. Diese Gesellschaften sind gegründet und funktionieren *intuitu personae* (7). Der Gesellschaftsanteil heißt Teilhaberschaft und ist grundsätzlich nicht über-

1) Ihering, Der Zweck im Recht I, S. 165.

2) Ihering, I, S. 96.

3) Ihering, I, S. 163

4) Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 178.

5) Englisch = partnership, französisch = sociétés de personnes.

6) Englisch = private companies, französisch = sociétés de capitaux.

7) Escarra, Sociétés commerciales, No. 21.

tragbar. Der Tod eines Gesellschafters bedeutet den Tod der ganzen Gesellschaft. Der *intuitus personae* ist voll respektiert (8). Der Haupttypus der Personalgesellschaften ist die Offene Handelsgesellschaft (OHG).

Das Hauptcharakteristikum in den Kapitalgesellschaften ist das Kapital. Der Gesellschaftsanteil heißt grundsätzlich Aktie und ist übertragbar. Trotz des Todes eines Gesellschafters wird die Gesellschaft fortgesetzt. Der *intuitus personae* hört auf (9). Der Haupttypus von Kapitalgesellschaften ist die Aktiengesellschaft (AG).

Was aber die vorliegende Untersuchung interessiert, ist nicht das Gegenüberstellen von Personal- und Kapitalgesellschaften, sondern die Gegenüberstellung von Teilhaberschaft und Aktie.

Wenn man es unternimmt, aus dem Wesen und der allgemeinen Struktur der Verbände das zu ermitteln, was juristisch unter dem Wort Teilhaberschaft zu verstehen ist, so zeigt sich, daß mit diesem Wort eine ganze Reihe von Dingen zusammengefaßt ist. Es soll nun der Teilhaberschaft hier nicht abgesprochen werden, daß sie unter gewissen Gesichtspunkten eine Einheit ist, hinter der ihre Bestandteile zurücktreten; so für die wirtschaftliche und für die soziologische Betrachtung. Auch juristisch kann die Teilhaberschaft als einheitlicher Begriff verwendet werden und läßt sich dann definieren als die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen, die sich für jemanden aus seiner Zugehörigkeit zu einer Personalgesellschaft ergeben (10).

Andererseits ist die Aktie ein vieldeutiges Wort. Sie bezeichnet

1. die Einheit des in bestimmte Teile zerlegten Grundkapitals,
2. die Mitgliedschaft mit ihren Rechten und Pflichten nach Maßgabe der Einlage und schließlich
3. auch die Urkunde selbst, die über die Beteiligung an der Aktiengesellschaft oder an der Kommanditgesellschaft auf Aktien ausgestellt ist, als handelsfähiger Titel.

Als wichtigster von diesen drei Begriffen ist die Aktie im Sinne der Mitgliedschaft mit ihren Rechten und Pflichten anzusprechen.

Also kann man die Aktie definieren als "den Gesellschaftsanteil, der grundsätzlich durch eine frei übertragbare Urkunde dargestellt ist, in der das Gesellschaftsrecht verkörpert ist" (11).

8) Thaller, *Traité*, No. 254.

9) Thaller, *Traité*, No. 261

10) Heinsheimer, R., Über die Teilhaberschaft, S. 25.

11) Pic, *Sociétés Commerciales*, Bd. II, S. 36

Durch die Gegenüberstellung dieser zwei Begriffe ergab sich die Frage: Welches ist das Kriterium der Aktie? Wodurch unterscheidet sich die Aktie, im Sinne von Mitgliedschaft (12), von der Teilhaberschaft?

Auf den ersten Eindruck scheint die Definition der Aktie ein genaues Kriterium zu fordern, das die Aktie, als Gesellschaftsanteil, in einer Urkunde verkörpert, negoziabel und übertragbar, von der Teilhaberschaft, als Gesellschaftsanteil in keiner Urkunde materialisiert, persönlich und unübertragbar, unterscheidet.

Allerdings ist es nicht immer leicht, die Unterschiedslinie zwischen diesen zwei Gesellschaftsanteilen zu ziehen. Zweifellos ist keine Verwirrung möglich zwischen dem Aktien-Typus, der durch einen in einer Urkunde festgestellten Wert und frei übertragbar dargestellt ist, und dem Teilhaberschaft-Typus, der nicht verkörpert in einer Urkunde, unabtretbar und unübertragbar ist. Diese Ungleichheit aber ist nicht immer so deutlich. Denn in der Praxis ist es nicht selten, hybride, andersgestaltete Zwischentypen anzutreffen, die einerseits als Aktien bezeichnet werden, obwohl sie nicht negoziabel und übertragbare Anteile sind, andererseits als Teilhaberschaft, obwohl sie abtretbar und verkäuflich sind, oder weiter unbenannte Typen, die sich der Aktie durch bestimmte Merkmale, der Teilhaberschaft durch andere nähern.

Wie werden in solchen Fällen diese Probleme gelöst werden? Für die juristische Bestimmung von Anteilen, an welche Merkmale werden wir uns halten?

II. Interesse und praktische Bedeutung des Problems

Die obenstehende Frage würde uns nicht sehr beschäftigen, wenn es sich nur um eine akademische, ganz theoretische Unterhaltung handelte. Es handelt sich aber um etwas anderes, auf dessen praktischer Bedeutung man beharren muß.

Mit dem offenbar theoretischen Interesse der Bestimmung von wesentlichen Kennzeichen der Aktie verbinden sich auch Gedanken von unzweifelhaftem Wert.

Zunächst ist von der Natur des Rechts der juristische Zustand seines Trägers abhängig. Das verlangte Kriterium läßt uns den juristischen Zustand des Aktionärs von dem des Gesellschafters einer Personalgesellschaft unterscheiden.

12) Lyon-Caen-Renault, *Traité*, No. 515, Anm. 1.

Die Aktie, nur im Sinne von Urkunde, kann nicht eine genaue und klare Auffassung über ihren Charakter geben.

In zweiter Hinsicht läßt uns die Natur des Rechtes den Typus der Gesellschaft bestimmen (13).

Die Merkmale des Rechtes, unter der Voraussetzung, daß sie a priori bestimmt worden sind, führen uns zu der wirklichen Natur der Gesellschaft, die wir in Betracht ziehen. (14) Wir steigen also von der Natur des Gesellschaftsanteils zu der Natur der Gesellschaft auf, d. h. man folgert die Natur der Gesellschaft aus der Natur des Gesellschaftsanteils. (15)

Bestimmt z. B. die Satzung, daß die Gesellschaftsanteile durch verkehrsfähige Urkunden dargestellt werden, obgleich die Gesellschaft als Personalgesellschaft erscheint, befindet man sich in diesem Fall vor einer unregelmäßig gegründeten Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien (16).

Die Feststellung des Gesellschaftsanteils ist bedeutungsvoll, weil sie uns wissen läßt, ob eine Gesellschaft eine besondere Gesellschaftsform des Handelsrechts oder eine bürgerliche Gesellschaft ist, auch ob ein Gesellschaftskonkurs eröffnet werden kann oder nicht (17). Die Festsetzung auch des Gesellschaftsanteils hat eine große Bedeutung. Denn der Regel gemäß ist "jede Handelsgesellschaft, die nicht ein anderes Gewand annimmt, als offene Handelsgesellschaft anzusehen" (18).

Was aber wird uns zum Ausschluß der anderen Gesellschaftstypen leiten?

Das praktische aber wichtigste Interesse des Problems hängt daran, daß seine Lösung und die Möglichkeit gewährt zu unterscheiden, ob eine Kommanditgesellschaft "einfach" oder "auf Aktien" ist und in diesem Fall das anwendbare steuerrechtliche Statut zu bestimmen.

Dieses Problem wurde insbesondere in Frankreich angeregt und zwar aus Anlaß der Entstehung der Kommanditgesellschaft und das aus der folgenden Ursache.

13) Thaller, *Traité*, No. 607;
Lyon-Caen-Renault, Bd. II, No. 516;
Escarra, Bd. III, S. 998.

14) Escarra, No. 998.

15) Ripert, No. 1035: "Le critérium joue d'ailleurs à double sens, car si la nature de la société est définie sans contestation possible, de la nature de la société il est possible d'induire la nature et l'entendue des prérogatives attachées au titre, notamment les droits propres des actionnaires. Tout dépend de la situation de l'inconnue".

16) Escarra, No. 998, S. 9.

17) Escarra, No. 998, S. 10.

18) Lehmann, *Handelsrecht*, S. 232.

Während die Gesellschaftsanteile in der einfachen Kommanditgesellschaft persönliche Anteile, d. h. Teilhaberschaften sind, sind sie bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien, bezüglich der Kommanditaktionäre Aktien. Die Frage, wonach man streben müsse, um zu entscheiden, inwieweit eine Kommanditgesellschaft einfach oder "auf Aktien" sei, war hauptsächlich wegen ihres steuerrechtlichen Interesses zugespitzt.

Manche Kommanditgesellschaften auf Aktien bemühten sich, sich in einfache Kommanditgesellschaften umzuwandeln, nur in der Absicht, die steuerrechtlichen Bestimmungen zu vermeiden. Die Gerichte, um zu entscheiden, ob die Umwandlung echt war oder nicht, befanden sich in der Notlage, über den wesentlichen Unterschied der Teilhaberschaft von der Aktie zu entscheiden (19).

Die Entstehung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gibt diesem Problem eine besondere Bedeutung. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine kleine intime Kapitalgesellschaft (20). Daraus ergibt sich, daß sie vielfach mehr oder minder eine Hinneigung zu einer Personalgesellschaft aufweist. Da die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft erschwert ist, da sie einfacher und freier in ihrem Aufbau geregelt ist und schließlich auch ein intimes gegenseitiges Entstehen füreinander mit sich bringt, hat dieser sogenannte "personalistische" Einschlag eine weitere Ausdehnung dadurch erfahren, daß Grundsätze der Personalgesellschaften auf sie angewendet werden. Dabei muß richtiger Ansicht nach die OHG Vorbild sein. Darum sieht die französische Doktrin (21) die Beteiligung an einer GmbH als Teilhaberschaft, nicht als Mitgliedschaft an.

III. Die Schwierigkeit zur Lösung

Es ist selbstverständlich, daß man sich nicht mit der Aussage begnügen kann, daß die Teilhaberschaft die Beteiligung an einer OHG, während die Aktie die Beteiligung an einer AG bezeichnet (22).

Wenn die Frage aus praktischem Interesse gestellt wird, wenn man nämlich in einem bestimmten Fall wissen muß, welches die Natur irgendeiner Gesellschaft ist, kann man nicht antworten, sofern nicht schon das wesentliche Kennzeichen

19) Lyon-Caen-Renault, No. 513.

20) Gierke, J., Handelsrecht, S. 407.

21) Lyon-Caen-Renault, No. 513;
Escarra, Bd. 1, No. 337.

22) So Demolombe, Cours de Code Napoléon, Bd. IX, No. 411. -
Duranton, Cours de droit français, Bd. IV, S. 102. -
Aubry et Rau, Droit civil, Bd. II, S. 26, Note 19.

der Aktie im Gegensatz zu der Teilhaberschaft deutlich festgestellt worden ist.

In den meisten Gesetzgebungen vermied der Gesetzgeber eine Definition der Aktie zu geben. Das Schweigen des Gesetzes ist bewußt. Denn der Gesetzgeber fürchtete sich davor, daß "die Gründer der Gesellschaften nicht gezögert hätten, sich Kombinationen auszudenken, die nicht unter die Bestimmungen des Gesetzes gefallen wären, und es so vermieden hätten" (23).

Das Gesetz setzt weder die Merkmale der Aktie unmittelbar fest noch a fortiori ihre wesentlichen Charakterzüge.

Der von Parteien entweder der Gesellschaft oder den Gesellschaftsanteilen gegebene Name bietet nur beschränktes Interesse. Erstens, weil die Gründer wegen Unwissenheit einen Gesellschaftsanteil als Aktie bezeichnet haben, obwohl er die Merkmale der Teilhaberschaft hat, und vice versa. Zweitens, weil die Gründer absichtlich die Wahrheit entstellt haben, z. B. um die Bestimmungen über die Gründung einer AG zu vermeiden. Folglich können bei der Auseinandersetzung die Ausleger sich zwischen den inneren Merkmalen des Anteils, dessen Natur bezweifelt ist, und den Vereinbarungen der interessierten Parteien, nicht auf die letzteren stützen (24). Trotzdem aber ist die von den Parteien gegebene Kennzeichnung als wahrhaftig anzusehen, falls die Umstände ihrer Natur nach nicht gegen die gegebenen Namen sprechen (25).

Um das Kriterium der Aktie oder der Teilhaberschaft zu entdecken, muß man die inneren, wesentlichen Merkmale des Rechts auffinden.

Allerdings zeigt die nähere Betrachtung, daß die Feststellung der natürlichen Kennzeichen der Aktie, wie sich diese in den meisten von den sogenannten Titeln darstellen, relativ leicht ist; trotzdem scheint es schwer, unter diesen Kennzeichen die tatsächlich wesentlichen Kennzeichen zu entdecken, d. h. die Kennzeichen, ohne die man den Gesellschaftsanteil nicht als Aktie ansehen kann. Der Ursprung dieser Schwierigkeit ist ein doppelter.

Einerseits findet man manche Kennzeichen von Aktien auch in den Anteilen anderer Typen von Gesellschaften, wie die beschränkte Haftung der Gesellschafter in Höhe ihrer Einlagen, das gemeinsame Kennzeichen der Gesellschaftsanteile in der AG, KG und GmbH.

Andererseits können manche formellen Erscheinungen, die die Aktie charakterisieren, wie die Ausgabe und Aushändigung der auf den Aktionär entfallenden Aktienurkunde oder die Negoziabilität von Aktien nur ausnahmsweise beiseite bleiben.

23) Déclaration de Bozérian, rapporteur au sénat français du projet de loi de 1884.

24) Houpin et Bosvieux, Bd. 1, No. 355; Percerou, Note D. 1904. 2, 242

25) Lyon-Caen-Renault, No. 516; Houpin et Bosvieux, No. 311.

Im Hinblick auf diese Schwierigkeiten forschten manche Schriftsteller einem einzigen, andere einem synthetischen Kriterium der Aktie nach; andere suchten dieses Kriterium in der Form der Gesellschaftsanteile, andere in den inneren Merkmalen.

Da nun unser Problem der Unterschied der Aktie von der Teilhaberschaft ist, und da diese in dem Haupttypus der Kapitalgesellschaft, der AG, und in dem Haupttypus der Personalgesellschaften, der OHG, hervortreten, muß man von dem Wesen der besagten Hauptgesellschaftstypen ausgehen.

Der Theoretiker muß in umgekehrter Richtung wie der Praktiker gehen.

Der Praktiker, in einem gegebenen Moment, hat das Kriterium bereit, gebraucht es, wendet es auf den in Zweifel gesetzten Gesellschaftsanteil an, setzt seinen Charakter fest und schließlich kommt er von dem juristischen Charakter des Anteils zu der Natur der Gesellschaft.

Der Theoretiker aber geht umgekehrt vor. Er muß zuerst nach dem Wesen der Gesellschaft suchen. Weiter findet er denn, wie der Anteil sich wegen des Wesens der Gesellschaft gestaltet, und ferner wird er aus dieser Gestaltung des Anteils das Kriterium herausziehen, welches der Praktiker verwenden wird.

2. K A P I T E L

DIE GESELLSCHAFT ALS VERBAND UND DIE VERBANDSGLIEDSCHAFT

I. Die Gesellschaft und ihre Bedeutung

Der Mensch ist πολιτικὸν ζῷον (1), ein gesellschaftliches Wesen. Ursprünglich, angeboren, triebhaft lebt in jedem Menschen das Gemeinschaftsgefühl. Der Hauptfaktor des menschlichen Zusammenwirkens ist das Bedürfnis. Schon die griechischen Denker wurden gewahr, daß das Bedürfnis, die Chreia, die Kernzelle des bedeutendsten Rechtsgebildes, des Staates ist (2). Aus diesem Bedürfnis (3) entspringt die Kraft des Begehrens. Der Mensch sucht dann das Sicherungsmittel für seine kollektiven Lebenswünsche in der Gemeinschaft (seines Volkes, seiner Klasse, seiner Familie, seiner Berufsgenossen usw.).

1) Aristoteles, Politika, 1253 a.

2) Müller-Erbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 3.

3) Bedürfnis oder Interesse, wie man es auch kennzeichnen kann.
Müller-Erbach, a.a.O., S. 3.

Eine von diesen Gestaltungen, in denen man dieses Gemeinschaftsgefühl trifft, ist die Gemeinschaft, wo der Mensch seine wirtschaftlichen Bedürfnisse befriedigt, die sogenannte Gesellschaft, *société*, *ἐταιρεία*.

Diese Erscheinung des Gemeinschaftsgefühls ist von einer größeren Bedeutung als die einfache Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse des Einzelmenschen. Denn diese Gestaltung kämpft gegen und siegt über die andere natürliche oder besser primitive Regel, die über die Einzelmenschen herrscht: "homo hominis lupus".

Das ganze System des privaten Rechts ist über die Annahme von zwei Individuen aufgebaut worden, die sich mit gegenseitigen Interessen gegenüberstehen, und das Recht sucht diesen Interessengegensatz zu schlichten. Das ist ganz deutlich im Recht der Schuldverhältnisse, welches ein Recht des Unterschieds zwischen Schuldner und Gläubiger ist. Schuldner und Gläubiger machen die Parteien aus, die das Recht der Schuldverhältnisse bilden und über welches sie herrschen. Die meisten Geschäftsverbindungen der Menschen vermuten wirklich einen Gegensatz zwischen den Parteien. Der von dem einen erworbene Gewinn ist durch den Schaden des anderen erworben (4).

In der Gesellschaft aber ist dieser individualistische Charakter abgestumpft. Hier gilt die Beziehung nicht des Unterschieds, sondern der Mitarbeit, des Bündnisses, des Zusammentreffens von Interessen (mein Vorteil ist dein Vorteil), des Vertrauens, der organisierten Einheit. So wird eine Interessen-Macht-Vertrauensgemeinschaft (5) geschaffen.

In der Gesellschaft hauptsächlich erscheint der Inbegriff von Interessen der Gesamtheit in der Sphäre des privaten Rechts. Vor diesem Inbegriff des gemeinsamen Interesses muß die individuelle vorteilhafte Berechnung weichen (6).

4) Escarra, No. 64.

5) Müller-Erbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 3.

6) Inwieweit der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger ist oder nicht, ist heute noch äußerst umstritten, obwohl die Auffassung, daß er kein gegenseitiger Vertrag ist, immer mehr an Boden gewinnt (vgl. Staudinger-Geiler 3 zu § 705 BGB und die dort angegebene Literatur). Die Meinung, die den Gesellschaftsvertrag als gegenseitigen Vertrag betrachtet, zieht nicht in Betracht, daß die Interessen- und Vertrauensgestaltung beim Gesellschaftsvertrag eine andere ist als bei den gegenseitigen Verträgen (§§ 320 ff.). Vgl. Müller-Erbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 34. Den gegenseitigen Verträgen liegt ein Interessengegensatz zugrunde. Dagegen ist die Gesellschaft eine Interessengemeinschaft. Ferner beruht die Gesellschaft auf dem Vertrauen der Gesellschafter

Während also das übrige Privatrecht hauptsächlich Recht gegenseitiger Interessen ist, ist das Gesellschaftsrecht das Recht der Mitarbeit, sagen wir das Recht der Freundschaft (7).

In dieser Hinsicht hat die Gesellschaft, als Erscheinung des Gemeinschaftsgefühls, einen moralischen Charakter. Für einen Menschen, wie A. Adler sagt, ist Moral das Überflüssigste von der Welt. Ein einsamer Mensch braucht keine Moral. Das ist eine Erscheinung des Gemeinschaftsgefühls, eine Funktion der Allgemeinheit, eine Lebensform der Menschen, die untereinander im Zusammenhang stehen.

Der Hauptcharakter aber der Gesellschaft ist der wirtschaftliche Zweck. Ihre Entstehung ergibt sich aus dem Dasein von wirtschaftlichen Bedürfnissen, mit denen sie verschmilzt und die sie beabsichtigt zu befriedigen. Was die Gesellschaft charakterisiert, ist nicht nur die affectio des Erwerbs von Gewinnen (8) durch Akkumulierung von Kapitalien, sondern auch der Wille aller Parteien an dem gemeinsamen Zweck mitzuarbeiten.

Man erkennt in jeder Gesellschaft einen Gedanken von wirtschaftlicher Mitwirkung (9), oder genauer, einen Willen von aktiver Mitarbeit (10) nach einem Ziel, das der Erwerb von Reichtum durch gemeinsame Kapitalien und Tatkraft ist (11).

So können wir zum Schluß sagen, daß das Gemeinschaftsgefühl der Einzelmenschen in seiner wirtschaftlichen Richtung seine Verwirklichung in dieser moralwirtschaftlichen Gruppe (Einheit), der Gesellschaft, findet.

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 8:

zueinander. Umgekehrt geht § 320 V BGB vom Standpunkt aus, daß ein solches Vertrauen nicht vorhanden ist.

- 7) Tsirintanis, Gesellschaften (Vorlesungen an der Universität Athen), S. 2. Die Tatsache ist nicht ohne Bedeutung, daß das Wort "Geselle", *ἑταῖρος*, sowohl auf griechisch als auch auf deutsch einen weiteren Begriff hat und "Freund" bedeutet.
- 8) Eine solche affectio kann man auch in einem Darlehen mit einer Klausel an Gewinnbeteiligung treffen.
- 9) Ripert, Prêt avec participation aux bénéfices et sociétés en participation (Annales de droit commercial, 1905, S. 53 ff.)
- 10) Thaller, Traité, No. 238. - Esser (Schuldrecht, S. 401) spricht von einem "Kollaborativvertrag" und Würdinger von einem "Organisationsvertrag".
- 11) Zweifellos findet man diesen Willen zur Mitarbeit in allen Typen von Gesellschaften, nicht aber im gleichen Grad. Er erscheint voll in der OHG, wo der intuitus personae herrscht, wenig in der KG und weniger in der AG. Allerdings ist dieser Wille nie abwesend. Unmittelbar in der OHG wegen der persönlichen Mitarbeit, existiert er auch in der KG und AG wegen der Ausübung der Verwaltung.

II. Verband und Verbandsgliedschaft

Fast auf allen Gebieten des Denkens taucht die Frage auf nach dem Verhältnis zwischen der Einheitlichkeit eines Dings und der Vielfältigkeit seiner Bestandteile. Wenn man sie bei den menschlichen Gemeinschaften stellt, so lautet sie: Können mehrere Menschen eine selbständige Einheit sein? Wie ist die Einheit beschaffen? Und welcher Art ist ihr Verhältnis zu den Menschen, die in ihr verbunden sind?

Die Antwort ist ein Ziel; darum brauchen wir eine Richtung. Für uns kommt von den mancherlei Richtungen (der philosophischen, psychologischen, soziologischen usw.) nur eine einzige, die juristische, in Frage.

Hier wird unter dem Wort Verband keine der einzelnen Verbandsformen verstanden, welche ein nach Zeit und Ort bestimmtes, positives Recht ausgestaltet, sondern es sind alle Fälle gemeint, in denen einzelne Menschen zu einer subjektiven Einheit zusammengefaßt sind, d. h. zu einem in sich geschlossenen Gebilde mit Selbstzweck.

Die Menschen treten wegen des angeborenen Gemeinschaftsgefühls zusammen, sei es, um den Widerstreit zwischen sich einzudämmen, sei es, um ihre Kräfte zu gemeinsamen Zielen zu verbinden. Die natürliche Tendenz verbindet den Einen und den Anderen, die schon verbunden eine Richtung, ein Ziel haben. In demselben Moment, wo die einzelnen sich verbinden, in diesem Moment hört jeder einzelne auf, für sich allein das gemeinsame Ziel zu wollen. Der natürliche Wille der einzelnen verbindet sich in einem, dem Gesamtwillen, der sich nach dem Gesamtziel richtet.

Weil die Erfüllung des gemeinsamen Zieles materielle Mittel fordert, bieten die Einzelnen Vermögen. Dieses Vermögen, das jeder einzelne bietet, hört in dem Moment, wo die einzelnen Willen den Gesamtwillen bilden, auf, "natürliches" (12) Vermögen des einzelnen zu sein, und es wird ein Vermögen der Gemeinschaft, das dem gemeinsamen Zweck dient.

Durch diese natürliche Verbundenheit des "Einen mit dem Anderen" wird ein drittes Wesen hervorgebracht, das die Verbundenheit des "Einen mit dem Anderen" deckt. Jetzt sieht man die zuvor natürliche Verbundenheit durch ein Ganzes "Einander Zusammen". Durch ihren Willen schaffen die Menschen ein Etwas mit eigenem Willen, den Gesamtwillen, und eigenem Vermögen, das Gesamtvermögen, ein Etwas, Einheitliches, den Verband, der nicht dem einzelnen gegenübersteht, sondern wie ein von diesen Einzelmenschen aufgebautes Gewölbe sie deckt und darin die Menschen wohnen.

12) Wenn ich "natürliches Vermögen" sage, so meine ich, daß dieses Vermögen der natürlichen Person gehört, nicht aber daß die Natur des Vermögens natürlich ist. Das Vermögen ist ein juristischer Begriff.

Der menschliche Verband ist eine Wirklichkeit. Er lebt und sein Dasein ist von jedermann faßbar. Die juristischen Eigenschaften, die ein Verband haben kann, sind, wenn er sie hat, ebenso real, wie wenn sie eine sogenannte natürliche Person hat. Der Verband ist etwas Leibliches. "Wir wissen nicht", sagt O. v. GIERKE (13), "was eigentlich das Leben ist. Aber wir können darum nicht den Begriff des Lebens aus der Wissenschaft ausschalten. Denn wir wissen, daß Leben ist." Die Natur des menschlichen Verbandes ist rein geistig. "Wir vergessen nicht, daß die innere Struktur eines Ganzen, dessen Teile Menschen sind, von einer Beschaffenheit sein muß, für die das Naturganze kein Vorbild bietet; daß hier ein geistiger Zusammenhang stattfindet, der durch psychisch motiviertes Handeln hergestellt und gestaltet, betätigt und gelöst wird, daß hier das Reich der Naturwissenschaft endet und das Reich der Geisteswissenschaft beginnt." (13)

Der menschliche Verband ist eine reale leiblich-geistige Einheit.

Der Mensch aber ist nicht nur Gemeinschaftsglied, sondern auch Individuum. Das ist die Doppelnatur des Menschen. Der Mensch als Individuum verschwindet nicht innerhalb des Verbandes, sondern existiert und sucht immer, durch den Verband die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse, seiner Interessen. Das natürliche Band, das den Einen mit dem Anderen verbunden hatte, ist nun durch die Schaffung des Verbandes juristisch geworden und richtet sich nach dem Verband (14).

So ergibt sich der Rechtsbegriff der Mitgliedschaft (15), der Verbandsgliedschaft. Die Mitgliedschaft ist ein juristisches Band. Sie ist ein Rechtsverhältnis zwischen Verband und Verbandsglied. Sie ist dieser Zustand, wo jeder die Möglichkeit vorfindet, Gemeinshawillen und individuelles Sicherungsinteresse harmonisch zu vereinigen, wo allen Konflikten zwischen "Ich" und "Wir" der Boden entzogen ist.

Der Inhalt dieses Bandes, der Mitgliedschaft, richtet sich nach dem, was von den

13) v. Gierke, O., Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 21; S. 18.

14) Man erklärt diese Umwandlung, denn "Die Rechtsordnung ist das Produkt des Strebens, das Wohl und die Bedürfnisse der Allgemeinheit wie auch die Interessen der einzelnen Individuen, die in ihrer Lebensführung zu einander in Beziehung treten, zu fördern, gegenseitig auszugleichen und unter eine bestimmte Ordnung zu bringen."

Würdinger, H., Theorie der schlichten Interessengemeinschaften, Stuttgart, 1934, S. 1.

15) Was ich bei "Mitgliedschaft" meine, ist hier im allgemeinen die Beteiligung am Verband. In weiteren Kapiteln ist die Mitgliedschaft, im Gegensatz zu der Teilhaberschaft, als Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft zu betrachten.

einzelnen gemacht wurde, und was daher der Verband jetzt gegenüber den einzelnen Selbständiges hat. Dies ist Wille und Vermögen. Zwischen dem Verband und den Verbandsgliedern muß es daher einerseits Beziehungen des Willens geben, andererseits solche des Vermögens.

Die Natur der Beziehungen richtet sich nach der Art des Verhältnisses, in dem der Verband zu seinem Glied steht. Das Verhältnis ist das der Selbständigkeit, ist derart, daß das Enthaltensein des Gliedes im Verband außer Betracht bleiben kann (16); es ist das Verhältnis zweier selbständiger Rechtssubjekte (17) zueinander.

Und die einzelnen Beziehungen, die einem Verhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten entspringen, sind subjektive Rechte (18).

So kommen wir zum Vorhandensein von zwei Arten subjektiver Rechte, die sich aus dem Verhältnis des Verbandes zu jedem seiner Glieder ergeben: zu Willensrechten, oder, wie man im Hinblick darauf sagen kann, daß sie vorwiegend der Verwaltung der Angelegenheiten des Verbandes dienen, zu Mitverwaltungsrechten und zu Vermögensrechten.

Zwischen diesen beiden Gruppen zeigt sich eine tiefgreifende Verschiedenheit. Sie rührt daher, daß die Vergemeinschaftung von Willen etwas anderes bedeutet als die Verbindung von Vermögensteilen zu einem Gesamtvermögen.

Während der Zustand des Verbundenseins, das Rechtsverhältnis zwischen Verband und Verbandsglied in sich genug ist, damit ein gemeinsames Vermögen vorhanden sein könne, existiert der Gesamtwille nur durch Ausübung der Mitverwaltungsrechte der Verbandsglieder. Damit der Wille des Verbandes in Erscheinung trete, müssen die Verbandsglieder sich aktiv betätigen. Die Mitverwaltungsrechte sind der Ausdruck des verbundenen Willens, sind konkretisierte Willensteile der Verbands-

16) Heinsheimer, R., Über die Teilhaberschaft, S. 21.

17) Die Rechtssubjektivität des Verbandes ist in dieser Arbeit vorausgesetzt. Vgl. weiter S.

18) Fischer, H., Subjekt und Vermögen, S. 43:

"Kein Rechtssubjekt ohne subjektives Recht. Wohl aber ein subjektives Recht ohne Rechtssubjekt, d. h. ohne ein außerhalb des subjektiven Rechts stehendes Wesen. Wo kein außerhalb des subjektiven Rechts stehender Empfänger vorhanden ist, wird durch Hypostasierung des subjektiven Rechts ein Rechtssubjekt geschaffen. Danach ist das subjektive Recht das logische Prius gegenüber dem Rechtssubjekt und zugleich das alle Rechtssubjekte Einigende."

Die Priorität des Rechtssubjektes vor dem subjektiven Recht wird betont von Konrad Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Bd. 1, 1914, 102.

glieder, indem sie den Ersatz dafür bilden, daß der einzelne aufgehört hat, das Verbandsziel selbständig zu wollen.

Sie erwachsen unmittelbar aus der Eigenschaft, dem Zustand, Glied der Gesamtheit zu sein. Darum sind sie unveräußerlich und unvererblich. Ihre Ausübung ist unmittelbar für die Existenz des Verbandswillens erforderlich und sie können nicht von der Gliedstellung losgelöst gedacht werden (19).

Die Mitverwaltungsrechte (20) gehören zu den Rechten, welche ZITELMANN Rechte "des Könnens" genannt hat; sie sind Gestaltungsrechte und Machtbefugnisse (21). Sie sind Rechte, die dem Gesellschafter auch im Interesse der Gesellschaft zuerkannt wurden und die daher vielfach gleichzeitig auch Pflichten sind, d. h. Pflichtrechte (22).

Die Vermögensrechte stehen in keinerlei direkten Beziehungen zu dem Gesamtvermögen, geschweige denn in einer so engen, wie die Mitverwaltungsrechte zum Gesamtwillen. Sie sind vielmehr dadurch bedingt, daß der einzelne dem Verband im allgemeinen (23) nichts hingibt, ohne für das Selbst-Haben etwas irgendwie Entsprechendes einzutauschen (24).

Sie sind eigennützige Gesellschaftsrechte, die einem jeden Gesellschafter nur in seinem eigenen Interesse verliehen sind und deshalb von ihm nach freiem Ermessen ausgeübt werden können.

Auch sie entspringen dem Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft und sie sind durch die Gliedstellung ihres Inhabers, des Verbandsglieds, eigenartig gestaltet. Aber sie können - im Gegensatz zu den Mitverwaltungsrechten - von dieser Stellung gelöst werden und sind einer selbständigen Existenz in der Hand ihres Inhabers fähig.

Die Mitverwaltungsrechte sind Rechte innerhalb des Verbandes. Sie entspringen aus dem rechtlichen Zustand einer Person Glied zu sein, d. h. aus dem Gliedsein des Verbandsgliedes.

- 19) Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 393: "Die gemeinnützigen Rechte der Mitglieder sind an das mitgliedschaftliche Gemeinschaftsinteresse gebunden. Sie erlöschen daher mit der Beendigung der Mitgliedschaft."
- 20) So nennt sie Goldschmidt, System, 4. Aufl., S. 134.
- 21) Heinsheimer, R., a.a.O., S. 51.
- 22) Gogos, Die Geschäftsführung der OHG, S. 21.
- 23) Deshalb können in einzelnen Fällen die Vermögensrechte fehlen, wo der Einzelne einer Gemeinschaft etwas lediglich um der Gemeinschaft willen gibt. Heinsheimer, R., a.a.O., S. 23, Anm. 17.
- 24) Vgl. RGZ, 31, 21.

Dagegen sind die Vermögensrechte Rechte gegen den Verband. Sie entspringen aus dem Gegenüberstehen des Verbandsgliedes gegenüber dem Verband (25).

Bei dem Gliedsein des Verbandsgliedes in dem Verband und bei dem Gegenüberstehen des Verbandsgliedes gegenüber dem Verband handelt es sich um zwei Seiten ein und desselben Rechtsverhältnisses. Und dieses Rechtsverhältnis ist die Mitgliedschaft, die Verbandsgliedschaft. Die Verbandsgliedschaft als Verbandsstellung steht nur einer Person zu; deshalb ist sie unübertragbar, und zwar deshalb, weil sie ihrer Natur nach nicht übertragbar sein kann.

Wir haben im kurzen die Frage berührt, wie der juristische Verband, den wir hier Gesellschaft nennen, beschaffen und was das Wesen und Inhalt der Mitgliedschaft sei.

Die Gesellschaft als solche, als Rechtsgemeinschaft, durch die die Menschen nach der Genugtuung ihrer wirtschaftlichen Zwecke streben, ist ein Leib. Sie ist ein Leib lebendig nicht tot. Innerhalb dieses Leibes ist die Mitgliedschaft vorhanden. Sie ist seine Seele.

Aber die vielerlei Bedürfnisse des Lebens erzeugen auch viele Typen von Gesellschaften. In dieser Weise hat zwar das Leben nicht andere Gesellschaften geschaffen, sondern verschiedene Rechtskleider, die die Gesellschaft anziehen kann. Die Erscheinung von OHG, KG, AG, GmbH usw. bedeutet nichts anderes, als daß die Menschen in einem konkreten Falle (wegen des Vorhandenseins verschiedenartiger Bedürfnisse), den Leib der Gesellschaft mit dem einen oder anderen Rechtskleide gekleidet haben.

Der Leib der Gesellschaft und die ihn bewegende Mitgliedschaft bleiben immer dieselben. Irgendeine Veränderung in der Gestalt der Mitgliedschaft rührt nicht von seinem Wesen, sondern von dem Wesen des konkreten Rechtskleides her, das den Leib der Gesellschaft bekleidet.

Weiter versuchen wir, die zwei Hauptformen von Gesellschaften, die Offene Handelsgesellschaft und die Aktiengesellschaft, deren Merkmale uns die Entdeckung des Kriteriums der Aktie erlaubt, einander gegenüberzustellen.

25) Diese Unterscheidung findet sich erstmalig bei ROHG 22, 19 (1877), auch bei Stobbe, Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., I, 427; Weider, Nießbrauch an Aktien, 1925, S. 30; gegen sie Gierke, GenTh., S. 300, Anm. 3.

3. K A P I T E L

OFFENE HANDELSGESELLSCHAFT UND TEILHABERSCHAFT

I. Begriff und Natur der OHG

Die OHG (1) ist eine Personalgesellschaft. Sie ist die einfachste aller Handelsgesellschaften. TOUBEAU (2) sagte, daß sie die natürlichste Gesellschaft ist.

Die OHG ist nach deutschem Recht eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter einer gemeinschaftlichen Firma gerichtet ist und bei der sämtliche Gesellschafter den Gläubigern unbeschränkt haften (3).

Diese Begriffsbestimmung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (HGB § 105). Aus ihr lassen sich folgende Begriffsmerkmale herleiten:

- a) Die OHG ist eine Gesellschaft. Das HGB legt den Gesellschaftsbegriff des BGB zugrunde (§ 705 BGB);
- b) Der Zweck der Gesellschaft muß auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sein;
- c) Die Gesellschaft muß eine gemeinschaftliche Firma haben, oder es muß doch der Betrieb unter einer solchen Firma beabsichtigt sein;

In Frankreich: "Société en nom collectif".

Pothier (Sociétés, S. 56) hat als erster diesen Namen gebraucht, der seit damals im Code de Commerce eingeführt ist. Savary, der auch diesen Namen verwandte, sagt, daß dieser Name daher stammt, daß diese Gesellschaft zwischen Kaufleuten gegründet ist, die in ihrem kollektiven Namen Handelsgewerbe betreiben. (Dictionnaire universel de Commerce, Wort: Société).

In Italien: "Società in nome collettivo".

In der Schweiz: "Kollektivgesellschaft".

In Griechenland: "Omorrhithmos Gesellschaft", d. h. eine Gesellschaft von gleichem Rhythmus. Dieses Wort bedeutet, daß die Beteiligten im gleichen Rhythmus treten, worin die unbeschränkte und solidarische Haftung zu verstehen ist.

Toubeau, Droit consulaire, Bd. II, S. 91.

Hueck, A., Das Recht der OHG, S. 1.

- d) Die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern darf bei keinem Gesellschafter beschränkt sein.

Hier liegt das Charakteristikum dieser Gesellschaft: jeder einzelne Gesellschafter haftet für die Gesellschaftsverbindlichkeiten auch mit seinem Privatvermögen; das Begriffsmerkmal der unbeschränkten Haftung ist in § 105 HGB negativ ausgedrückt, weil die volle persönliche Haftung das Normale ist (4).

Begriffsmerkmal der OHG ist nicht nur die unbeschränkte Haftung, sondern auch die solidarische Haftung. Die Solidarität aller Beteiligten ist wesentlich (5). Wenn eine Gesellschaftsschuld zu bezahlen ist, sind vor dem Gesetz alle Gesellschafter nichts anderes als ein "Block". Niemand kann diesen Block, dessen Zusammenhang die Sicherheit der Dritten ist, trennen. Der Personalkredit jedes Gesellschafters vermehrt den Kredit der Gesellschaft (6).

Die unbeschränkte Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern trifft alle Gesellschafter für alle Gesellschaftsschulden, ob diese auf Rechtsgeschäft, Gesetz oder unerlaubter Handlung beruhen. Sie hebt die OHG einerseits ab von der bürgerlichen Gesellschaft, bei der die Haftung der Gesellschafter nach außen ganz unterschiedlich sein kann (7), andererseits von der KG, bei der mindestens ein Gesellschafter nach außen nur bis zu einem bestimmten Maximum haftbar ist (HGB § 161).

Die unbeschränkte Haftung gilt kraft zwingenden Rechts. Eine entgegenstehende Vereinbarung der Gesellschafter würde, selbst wenn sie den Gläubigern der Gesellschaft bekannt wäre, nichts fruchten. Beschränkungen nach innen berühren den Charakter der OHG nicht. Die Beschränkung der Haftung nach innen auf Vermögenseinlagen ist im Gegenteil die normale Gestaltung des inneren Verhältnisses (8). Die unbeschränkte Haftung braucht nicht besonders stipuliert zu werden. Jede Handelsgesellschaft, die nicht ein anderes Gewand annimmt, ist als OHG anzusehen (sogenanntes negatives Requisit) (9).

-
- 4) Heinsheimer, K., Handels-und Wechselrecht, § 33, S. 25.
 5) Lyon-Caen-Renault, Traité, No. 159, 3; Pic, Sociétés, No. 378.
 6) Escarra, Sociétés, No. 210.
 7) Lehmann, K., Handelsrecht, S. 232, Anm. 1.
 8) Staub, Kommentar, § 105, Anm. 25.
 9) Lehmann, Handelsrecht, S. 232.

Zu den am meisten bestrittenen Fragen aus der Lehre der OHG gehört von jeher die nach ihrem Wesen, ihrer juristischen Konstruktion. Der Streit tobte unter der Herrschaft des gemeinen Rechts und setzte sich fort, als das ADHGB geschaffen wurde und zur Geltung kam. Nach dem Inkrafttreten des HGB gab O. v. GIERKE (10) der Hoffnung Ausdruck, daß nun endlich "der unsäglich, männermordende Streit" geschlichtet sei, aber bald zeigte sich, daß diese Hoffnung trog. Auch unter der Herrschaft des HGB hat der Kampf noch keinen Abschluß gefunden.

Der Betrieb eines Handelsgewerbes, der die OHG von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auszeichnet, ist nichts als eine bestimmt geartete Tätigkeit, die sich - da sie stets durch den gleichen Gegenstand des Gewerbes bestimmt wird - in einer gewissen Gleichförmigkeit, Einheitlichkeit und Ständigkeit vollzieht. Dadurch erhält jeder Betrieb eines Handelsgewerbes den Charakter des Objektiven (11). Der Inbegriff der Tätigkeiten, die den Gewerbebetrieb ausmachen, bildet vermöge des in ihnen erkennbaren Gewerbewillens eine nach außen hervortretende wirtschaftliche Einheit (12), die im Verkehr unter der Bezeichnung "Geschäft" personifiziert wird; man kontrahiert im Wirtschaftsleben mit dieser oder jener Firma (13). Die OHG greift in die Individualität der Gesellschafter selber ein; die Gesellschafter sind miteinander verbunden, die eigene Persönlichkeit aufzugeben zugunsten der Einheit des Betriebs (14), d. h. ihre gewerbliche Tätigkeit nicht als eigene Personen, sondern als Glieder der wirtschaftlichen Person (15) "Geschäft" auszuüben. Es ist derselbe Vorgang wie bei einer juristischen Person; durch Aufgeben der eigenen Persönlichkeit wird eine neue Einheit gebildet, die als Subjekt im Verkehrsleben auftreten kann (16).

Worin besteht nun aber die Einheit? Die Frage wäre, wenn sie vom logischen Standpunkt aus gelöst werden sollte, sehr schnell beantwortet. Es gäbe nur

0) v. Gierke, O., Arch. Bürg. Recht, 19, 144 ff.

1) Hamel, Die Rechtsnatur der OHG, S. 1.

2) Wieland, Handelsrecht, S. 91.

3) Hamel, a.a.O., S. 1; vgl. Endemann (Handelsrecht § 17 - 20), der das Geschäft als "selbständiges Verkehrswesen" auffaßt.

4) Gierke, GenTh., S. 452 ff.

5) Je größer der Betrieb ist, desto mehr erscheint er unabhängig von der jeweiligen Person des Gewerbetreibenden, mithin als das Wirken einer selbständigen durch den Betrieb selbst gebildeten Person des Wirtschaftslebens: Hamel, a.a.O., S. 1.

Vgl. Mommsen, Buchs. Arch. d. Handels, Bd. 32, S. 210.

6) Gierke, GenTh., S. 452.

zwei Möglichkeiten, entweder die einer Zuständigkeit an eine Mehrheit von Rechtssubjekten oder die Zuständigkeit an ein einziges Rechtssubjekt, nämlich an eine juristische Person (17).

Aber das positive Recht spottet dieser Betrachtungsweise. So kommen wir zu einer dazwischenliegenden Möglichkeit.

Die OHG wird vom HGB grundsätzlich als Gesellschaft im Sinne des BGB angesehen. Das Gesetz betrachtet also die OHG grundsätzlich als nicht rechtsfähig.

Die OHG ist nach dem deutschen Recht der Typus der Gesamthandsgesellschaft. Eine Gesamthandsgesellschaft ist gegeben, wenn die Gesellschaft von einem personenrechtlichen Verhältnis beherrscht wird, das zu einer verbundenen Einheit der Gesellschafter hinaufführt. Diese Verbundenheit wird wirksam in bezug auf ein Gesellschaftsvermögen in gegenständlicher Hinsicht. Es besteht an ihm keine Bruchteilsgemeinschaft, sondern eine Gemeinschaft zur gesamten Hand (§ 718 BGB). Das Vermögen gehört den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit, und diese Verbundenheit bewirkt ihre Gebundenheit (18).

THALLER (19) schreibt: "Chaque copropriétaire ou coassocié a un droit sur le tout (Condominium in solidum) limité par l'obligation de respecter le droit qu'ont les autres, également sur le tout. Chaque copropriétaire étend la main sur le tout; mais il faut que toutes les mains se rencontrent, pour qu'un acte contractuel au judiciaire soit opposable à tous. (Gesamte Hand)". Diese ist die herrschende Lehre über die juristische Konstruktion der OHG.

Aber in zahlreichen Einzelbestimmungen zeigt sich, daß das Gesetz die OHG in weitgehendem Maße nicht als verbundene Vielheit, sondern als etwas anderes, als eine rechtsfähige Einheit ansieht. Die OHG hat in ihrer Firma einen eigenen Namen (20), sie kann unter ihrem Firmennamen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (21), wird unter ihrer Firma ins Grundbuch eingetragen (22), sie kann als Firma klagen und verklagt werden (23), sie hat ein eigenes Vermögen von gesteigerter Selbständigkeit (24),

17) Haff, Institutionen, S. 240.

18) v. Gierke, J., Handelsrecht, S. 169.

19) Thaller, Traité, No. 288.

20) HGB § 105.

21) HGB § 124.

22) GBO § 48.

23) HGB § 17 II, 124 I.

24) Lehmann, Handelsrecht, S. 237.

über das Gesellschaftsvermögen kann ein besonderer Konkurs eröffnet werden, an dem nur die Gesellschaftsgläubiger beteiligt sind, nicht die Privatgläubiger eines einzelnen Gesellschafters (25), und das gegen die OHG ergangene Urteil berechtigt nur zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen (26). Während die OHG selbst nicht zur Einkommensteuer herangezogen wird, unterliegt sie nach § 3 Abs. 2 Ziff. 1 GewStG stets und im vollen Umfang der Gewerbesteuerpflicht. Die OHG ist also gewerbesteuerlich selbst Steuersubjekt (26 a).

Alle diese Eigenschaften und Fähigkeiten würden sich aufs beste als Folgerungen einfügen in eine Auffassung, daß die OHG als juristische Person angesehen werden müsse.

Die von KOHLER (27) vertretene Lehre behandelt die OHG als juristische Person. Diese Theorie, wesentlich einfacher und klarer, wird wenigstens in sich folgerichtig durchgeführt, aber sie erscheint nicht genügend begründet; weil KOHLER bewußt gegen den erkennbaren Willen des Gesetzgebers den Sinn des Gesetzes (§ 105 HGB) vernachlässigt. Über § 105 Abs. 1 HGB, welcher gegen seine Auffassung spricht, glaubt er sich durch den Hinweis auf den Gebrauch des Wortes "Gesellschaft" bei der Aktiengesellschaft hinwegsetzen zu dürfen, ohne auf den grundlegenden Unterschied zwischen der Fassung des § 105 Abs. 1 HGB und der des § 1 AG einzugehen.

In neuerer Zeit haben Wissenschaftler (28) versucht, der eingangs geschilderten Rechtsprechung in ihren Grundzügen eine Begründung zu geben, ohne das Gesetz, den "Willen des Gesetzgebers" zu vergewaltigen; sie versuchen, die im Gesetz enthaltenen Gegensätze in ihrem Verhältnis zueinander zu erfassen.

Unter ihnen dürfte WIELAND am tiefsten in das Wesen der OHG eingedrungen sein. Was JAEGER mit seinem Satz: "Die OHG ist als solche rechts- und parteifähig, und doch ist sie keine juristische Person" (29) angedeutet hatte,

25) KO § 209

26) HGB § 129 Abs. 4.

26 a) Seufter, Die OHG, S. 53.

27) Kohler, Zeitschr. f. Handel, Bd. 74, S. 459 ff.,
Arch. Bürg. R., Bd. 40, S. 229 ff.

28) Wieland, Handelsrecht, 1921, S. 397 f.; Jaeger, Die OHG im Zivilprozeß, S. 16; Haff, Institutionen, S. 240; Schönfeld, Zur Konstruktion der OHG, Iherings Jahrbücher, Bd. 75, S. 33 f.

29) Jaeger, a.a.O., S. 16.

hat WIELAND begründet aus dem Wesen der Rechtsfähigkeit menschlicher Gemeinschaften heraus.

Wahre Subjekte der Rechte und Pflichten einer Personenvereinigung - so sagt WIELAND (30) - seien deren Mitglieder. Das Gesetz fingiere aber, um bestimmte Rechtssätze auf die Rechtsbeziehungen solcher Vereinigungen in Anwendung zu bringen, ein besonderes Rechtssubjekt (31); das Gesetz handle die vereinigten Gesellschafter so, wie wenn ein besonderes Rechtssubjekt, "die OHG" vorhanden wäre (32).

Dies sind die wichtigsten Theorien über die juristische Konstruktion der OHG. Aber wie kann man diesen wissenschaftlichen Orgasmus erklären? Wenn KOHLER die OHG als "juristische Person" betrachtet, wenn HAFF (33) sie als "eine Art Rechtssubjekt II. Ordnung" charakterisiert, wenn JAEGER (34) sie als "Mittelstufe der Rechtsfähigkeit zwischen Individuum und juristischer Person" auffassen will, wenn GAREIS (35) sie als "relative juristische Person" ansieht, wenn LEHMANN (36) sagt "trotz dieser Verselbständigung des Vermögens ist die OHG nicht juristische Person", wenn HAMEL (37) sagt, "daß nur eine Lösung denkbar ist: die OHG erwirbt als Subjekt Rechte und geht als Subjekt Verbindlichkeiten ein; aber die Rechte, die sie erwirbt fallen grundsätzlich den Gesellschaftern zur gesamten Hand zu und die Verbindlichkeiten, die sie eingeht, treffen grundsätzlich die Gesellschafter", wenn J. v. GIERKE (38) sagt, "Es ist aber zu beachten, daß die OHG eine sehr stark ausgeprägte Gesamthandgesellschaft ist und daß der Gegensatz zur sogenannten juristischen Person nicht überspitzt werden darf", und schließlich, wenn HUECK (39) sagt, daß "die Gemeinschaft zur gesamten Hand sich der juristischen Person stark nähert", was bedeuten also diese juristischen Gestaltungen und Schwankungen?

-
- 30) Wieland, S. 397.
 - 31) Wieland, S. 414.
 - 32) Wieland, S. 407; Thaller, *Traité*, No. 214 "C'est une fiction: on imagine que la société, comme telle, ne se confond pas avec ses membres."
 - 33) Haff, *Institutionen*, S. 240.
 - 34) Jaeger, *Die OHG im Prozesse*, S. 16.
 - 35) Gareis, *Handelsrecht*, S. 146.
 - 36) Lehmann, *Handelsrecht*, S. 237.
 - 37) Hamel, *Die Rechtsnatur der OHG*, S. 34.
 - 38) v. Gierke, J., *Handelsrecht*, S. 185.
 - 39) Hueck, *Das Recht der OHG*, S. 18.

Die Gesellschaft ist ein menschlicher Verband. Sie ist eine Vereinigung von mehreren Personen aus der etwas Einheitliches geschaffen wird. Das Gesetz verleiht diesem Etwas manchmal eine besondere Eigenschaft, die Rechtspersönlichkeit, manchmal nicht, und diese Verleihung der Rechtspersönlichkeit wird häufig an rein formale Voraussetzungen geknüpft. Die OHG ist nach deutschem Recht keine juristische Person. Ist aber die OHG Rechtssubjekt oder nicht? Man müßte die Rechtssubjektivität eines Gebildes nicht nur dann anerkennen, wenn ihm Persönlichkeit verliehen ist (also bei den heute sogenannten natürlichen und juristischen Personen), sondern überall dort, wo ein einheitliches Gebilde mit Selbstzweck vorhanden ist (40). "Rechtssubjekt sein heißt etwas haben oder haben können" (40 a). Die OHG als Rechtssubjekt sind die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit. Nicht einzeln, sondern zusammen; nicht mehrere von ihnen, sondern ihre Gesamtheit ist Träger des Gesellschaftsvermögens. "Die Gesellschafter bilden eine Zweckgemeinschaft, die nicht nach außen, sondern auch nach innen eine Selbständigkeit aufweist, obwohl sie keine juristische Person ist. Die Teilhaber einer OHG treten nach außen und nach innen als organisierte Personengemeinschaft auf." (41).

In allen Fällen aber, ob die OHG "Rechtsperson" ist, wie in anderen Ländern, oder nicht, wie in Deutschland, kann man weder ihre Eigenschaft als etwas Einheitliches, noch ihre Eigenschaft als Mehrheit von Einzelsubjekten verneinen.

Denn so wie die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft die eigene Persönlichkeit der Gesellschafter nicht vernichtet, wie LYON-CAEN et RENAULT "La personnalité de la société ne fait pas disparaître la personnalité et l'action des associés" (42), so ist umgekehrt die Gesellschaft als Verband nicht nur als Mehrheit von einzelnen, sondern auch als etwas Einheitliches anzusehen (43). Die Beantwortung der rechtspolitischen Frage, inwieweit de lege ferenda die Form der juristischen

Stammler, Unbestimmtheit des Rechtssubjektes, S. 28/29;

Haff, Praxis II, S. 184.

a) Buchda, Geschichte und Kritik, S. 257.

Gogos, Die Geschäftsführung der OHG, S. 27.

Lyon-Caen et Renault, Traité II, No. 125, S. 150, Anm. 1.

Im übrigen darf die Tatsache, daß die OHG nach dem deutschen Recht ein Personenverband zur Gesamthand, nach anderen Rechten, z. B. nach französischem, griechischem, russischem (Eliachevitch, Traité de droit
Fortsetzung der Fußnote siehe nächste Seite

Person statt der Gesamthand für die OHG vorzuziehen wäre, kann hier dahingestellt bleiben.

II. Die Teilhaberschaft

Auf Grund und im Rahmen des Gesetzes durch den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages entsteht die OHG. Die Rechtsordnung, die für sie gilt, ist der Gesellschaftsvertrag, getragen, ergänzt und beschränkt durch das Gesetz. Gesellschaftsvertrag und Gesetz bilden ein besonderes objektives Recht für die OHG und die Gesellschafter (44). In § 109 HGB herrscht grundsätzlich die Vertragsfreiheit. Hierdurch stehen die Rechtsverhältnisse nach innen in einem entscheidenden Gegensatz zu den Rechtsverhältnissen zu Dritten.

Im Innenverhältnis ist es vorwiegend der Gesellschaftsvertrag. "Unter sich möge die Gesellschafter machen, was sie wollen" (45). Im Verhältnis zu Dritten aber ist es vorwiegend das Gesetz, welches die Verhältnisse ordnet: ein Verkehrsschutz kommt in Betracht. (46)

Fortsetzung der Fußnote 43 von Seite 21:

civil et commercial des Sociétés, Bd. II, S. 305) eine juristische Person ist, keine besondere Bedeutung beigemessen werden. Vgl. Hueck, S. 20 f.

In der ausländischen Literatur wird der Unterschied zwischen der OHG des deutschen HGB als Gesamthand und der OHG der Rechte, die sie als juristische Person ansehen, als unbedeutend betrachtet; vgl. Hémar, *Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait* (1926), S. 481 f.:

"La différence entre la personnalité morale et la copropriété en main commune semblerait devoir être considérable; elle l'est beaucoup moins qu'on pourrait le penser des sociétés par intérêts, en effet, ont une représentation judiciaire passive, elles sont sujettes à la faillite et les créanciers sociaux ont sur leur actif un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels des associés. Il ne leur manque de la personne morale que le nom dit Bonelli (Riv. di dir. com., 1906, p. 14, not. 1), car ce que leur fait défaut, se réduit à la capacité judiciaire active."

44) Heinsheimer, R., Über die Teilhaberschaft, S. 38.

45) Gierke, Handelsrecht, S. 194.

46) Nach der im anglo-amerikanischen Rechtskreis geltenden Ultra-Vires-Theorie ist der Gesellschaftsvertrag auch für das Außenverhältnis entscheidend. (Vgl. Brice, *A Treatise on the Doctrine of Ultra-Vires*, London 3. Auflage, 1893, S. 36, 60 ff.).

Aus dem Gesellschaftsvertrag geht das Gesellschaftsverhältnis hervor.

Für den Gesellschafter ergibt seine Teilnahme an der OHG notwendigerweise den rechtlichen Zustand, Glied der Gesellschaft zu sein, das Rechtsverhältnis der Teilhaberschaft (47), die Gesellschafterstellung.

Die Teilhaberschaft ist kein Recht und erst recht nicht ein Sonderrecht im Sinne des § 35 BGB (48). Man kann mit diesem Wort sowohl das Rechtsverhältnis der Teilhaberschaft bezeichnen als auch die Summe der Rechte und Pflichten eines Teilhabers. Aber ein Rechtsverhältnis ist nicht zugleich ein Recht, sondern nur der Ursprung für Rechte. Und die Teilhaberrechte, die aus dem Rechtsverhältnis entstehen, sind einzelne, voneinander getrennte; sie können unter keinem Gesichtspunkt zu einer Einheit zusammengefaßt werden.

Das Rechtsverhältnis der Teilhaberschaft ist von ganz eigener Art.

Die Teilhaberschaft ist ein rechtliches Band, das die Gesellschaft, d. h. die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit, mit den einzelnen Gesellschaftern verbindet. Allerdings ist diese Verbindung derart, daß die Existenz der Gesellschaft dadurch bedingt ist, daß sie in rechtlichen Verhältnissen zu mehreren anderen Subjekten, den Gesellschaftern, steht.

Jedes solche Rechtsverhältnis, die Teilhaberschaft als Gesellschafterstellung, hat eine doppelte Substanz. Einerseits bringt dieses Rechtsverhältnis die ganze Gesellschaft zur Existenz, weil die Gesellschaft ein einheitliches Gebilde ist, das durch die Verbundenheit der Gesellschafter entstanden ist. Andererseits verbindet es die einzelnen Gesellschafter so fest mit der Gesellschaft, daß der Tod dieses Verhältnisses den Tod der Gesellschaft mit sich bringt. ENGLÄNDER (49) schreibt in seiner "Regelmäßigen Rechtsgemeinschaft": "Der Anteil (Rechtsanteil) ist ein notwendiger Wechselbegriff zu dem materiellrechtlichen Begriffe der "Rechtsgemeinschaft". Keine Rechtsgemeinschaft ohne Anteile der Gemeinschaft; aber auch keine Anteile ohne Vorhandensein einer Rechtsgemeinschaft."

Das ist die statische Betrachtung der Teilhaberschaft. Es ist der Zustand, in dem einerseits die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit den Verband ausmachen, in dem andererseits die Gesellschafter ihre Selbständigkeit behalten.

47) Der Begriff der Teilhaberschaft geht auf den Oberbegriff "Teil" zurück und dieser führt durch den Gegensatz auf das Ganze als Ausgangspunkt. Das Ganze in seiner einfachsten Form ist der einzelne Gegenstand. Aber eine Einstimmigkeit über diesen Begriff herrscht nicht.

Dazu Silberschmidt, Beteiligung und Teilhaberschaft, S. 96.

48) Müller-Erbach, Handelsrecht, S. 179; Wieland, HR I, S. 533.

49) Engländer, a.a.O., S. 105.

Der doppelten Substanz dieses Verhältnisses entsprechen zwei Gruppen von Rechten, die sich der dynamischen Betrachtung darstellen.

Es sind auf der einen Seite Rechte, in denen die Verbundenheit der Gesellschafter der Gliedsubjekte, zur Gesellschaft, zum Gesamtsubjekt ihren Ausdruck findet, und durch deren Ausübung die OHG zum tätigen Rechtssubjekt wird, die Mitverwaltungsrechte (50).

Die Teilnahme des Gesellschafters an der Verwaltung der OHG äußert sich einmal im Stimmrecht bei Gesellschaftsbeschlüssen (HGB § 116 Abs. 2), sodann im Geschäftsführungs- und im Widerspruchsrecht (51) gegen Akte der Geschäftsführung (HGB §§ 114, 115 Abs. 1 S. 2), ferner im Vertretungsrecht (HGB § 125). Aber nicht nur am Leben der Gesellschaft nimmt der Gesellschafter teil; er kann auch ihr Ende herbeiführen.

Daher das Kündigungsrecht (HGB § 131) und die Übernahmeklage gemäß § 142 HGB. Und er beteiligt sich an der Liquidation; Recht der Liquidatorentätigkeit (HGB § 146 Abs. 1). Auf der anderen Seite gibt es Rechte, die der Selbständigkeit der einzelnen gegenüber ihrer Gesamtheit, der Gesellschaft, entsprechen: Die Vermögensrechte (52),

Die vermögensrechtliche Seite der Teilhaberschaft ist der Anteil am Gesellschaftsvermögen. Der Anteil am Vermögen bedeutet für den Gesellschafter nur insofern einen Vermögenswert, als sich für ihn im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvermögen gewisse Vermögensrechte gegen die Gesellschaft ergeben. Diese Vermögensrechte können größer und kleiner sein, sie können auch gänzlich fehlen, ohne daß dadurch etwas an dem Anteil am Gesellschaftsvermögen verändert wird. Denn dieser ist unmittelbar mit der Gesellschafterstellung gegeben. Der Anteil am Vermögen ist die Mitträgerschaft an dem Vermögen, das der Gesamtheit der Gesellschafter in ihrer Verbundenheit ungeteilt und unteilbar zusteht.

Die wichtigsten Vermögensrechte der Gesellschafter sind: das Recht auf Ersatz von Aufwendungen und Verlusten (§ 110 HGB), der Anspruch auf den Gewinnanteil, das Recht auf Entnahmen, der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben und das Informationsrecht (§ 118 HGB) (53).

50) Über ihre Natur vgl. S. 12.

51) Dazu Gogos, Geschäftsführung der OHG, S. 40.

52) Über ihre Natur vgl. S. 13.

53) Das Informationsrecht ist allen Gesellschaftern persönlich gegeben (Staub, § 118, Anm. 3). Es stellt einen selbständigen Anspruch des Gesellschafters dar. (Wieland, S. 663; Knocke, Gesellschaft, S. 60).
Seiner Natur nach, als Anspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft, gehört es zu den Vermögensrechten, aber wegen seiner Besonderheit ist es dennoch einem Mitverwaltungsrecht gleich zu behandeln. (Vgl. Hueck, S. 1

Diese beiden Rechtsgruppen, die Mitverwaltungsrechte und die gesellschaftlichen (54) Vermögensrechte, machen zusammen den Inhalt dessen aus, was man Teilhaberschaft nennt.

Was ist aber ihr wesentliches Merkmal?

Die Teilhaberschaft ist unübertragbar. Das ist ihr wesentliches Merkmal. Weder die Gesellschafterstellung, d. h. die Teilhaberschaft als persönliche Eigenschaft eines Gesellschafters (55), noch die sich aus ihr ergebende Mitverwaltungsrechte sind übertragbar.

Bei der ersteren handelt es sich um einen rechtlichen Zustand einer Person, bei den letzteren um Rechte, die unmittelbar an der Person ihres Trägers haften. Dort entbehren also die Begriffe "Übertragbarkeit" oder "Unübertragbarkeit" jeder Anwendungsmöglichkeit; hier ist die Übertragbarkeit durch die Natur der Rechte und deren Zusammenhang mit ihrem Subjekt ausgeschlossen.

Das ist das Wesen der Teilhaberschaft: sie ist eine Mitgliedschaft in einem menschlichen Verband, wie wir ihn im zweiten Kapitel angetroffen haben. Als Rechtskleid widerspricht die OHG diesem Charakter nicht.

Die OHG ist grundsätzlich durchaus auf die Individualität ihrer Teilnehmer aufgebaut (56). Das ergibt sich deutlich aus den Bestimmungen des Gesetzes, daß das Ausscheiden eines Genossen mangels besonderer Vereinbarung ipso iure die Auflösung der Gesellschaft herbeiführt (HGB §§ 131, 134 - 136).

Es ist dabei ganz gleich, aus welchem Grund sich das Ausscheiden vollzieht, ob durch Tod oder Kündigung eines Gesellschafters oder wegen Eröffnung des Konkurses über ein Privatvermögen. Da die OHG so eine Haftungs- und durchgehend eine Verwaltungs- und Arbeitsgemeinschaft ist und da sie dem einzelnen Gesellschafter eine umfassende Vertretungsmacht verleiht, so ist die Teilhaberschaft ausgesprochen auf die Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters eingestellt (57).

Aus dieser strengen Verbundenheit der Genossen und der straffen Abstellung auf die Individualität der Gesellschafter, ergibt sich als notwendige Folgerung, daß eine freie, selbständige Verfügung eines Genossen über seine Teilhaberschaft ausgeschlossen ist (BGB § 717).

54) Die Vermögensrechte sind Sozialverpflichtungen im Gegensatz zu den Sozialansprüchen, die Rechte der OH-Gesellschaft sind.

55) Sohm, Der Gegenstand, S. 68.

56) Knocke, Gesellschaft, S. 37.

57) Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 187.

Der Gesellschaftsvertrag kann aber die "Übertragbarkeit" und "Vererblichkeit" der Teilhaberschaft vorsehen. In diesem Fall gibt es nicht das, was ungenau "Übertragung der Teilhaberschaft" genannt wird, sondern einen Teilhaberwechsel. Wenn nämlich die Teilhaberschaft nicht übertragen werden kann, besteht doch die Möglichkeit, daß die Stelle, die ein Gesellschafter in der Gesellschaft einnimmt, vom Gesellschaftsvertrag zu einem festen Platz gemacht wird, der, wenn er von einem Gesellschafter verlassen wird, von einer oder mehreren anderen Personen eingenommen werden kann. Mit anderen Worten: es kann zwar eine Person die Gesellschafterstellung und die damit verbundenen Gesellschaftsrechte völlig verlieren, und eine andere sie völlig erwerben. So stellt sich der Teilhaberwechsel als Austausch der Personen dar, welche eine Verbandsstelle besetzen (58).

Aus dieser kurzen Untersuchung der OHG und ihrer Teilhaberschaft ergibt sich, daß die OHG als Rechtskleid des Leibes der Gesellschaft ihrem Wesen nach zwei Hauptmerkmale hat: die unbeschränkte und solidarische Haftung aller Gesellschafter und die grundsätzliche Unübertragbarkeit der Teilhaberschaft.

4. K A P I T E L

AKTIENGESELLSCHAFT UND MITGLIEDSCHAFT

I. Der Begriff der AG

Die AG (1) ist eine der theoretisch interessantesten und praktisch bedeutsamsten Einrichtungen des Rechtslebens (2). Die AG ist das Organ des übermäßigen ökonomischen Triebes gewesen, der das letzte Jahrhundert charakterisiert. "Le juriste", schreibt RIPERT, "est un serviteur de l'économie. On lui a demandé le moyen de réunir les capitaux nécessaires pour la création et la vie des grandes entreprises. Il a offert la société par actions" (3).

58) Heinsheimer, R., Über die Teilhaberschaft, S. 128.

- 1) Nach französischem Vorbild wurde die AG auch in Deutschland vielfach "anonyme Gesellschaft" bezeichnet. (Passow, Die AG, S. 1, Anm. 1). In Frankreich ist die Bezeichnung für die AG "société anonyme"; in den Vereinigten Staaten "stock corporation". Der englische Ausdruck "joint stock company" ist umfassender als AG. Dem AG-Begriff des englischen Rechts entspricht nur die joint stock company "limited by shares". Der griechische Ausdruck ist "Anonymos Gesellschaft".
- 2) Cohn, Die AG, S. 1.
- 3) Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, S. 50).

Das hier zu besprechende Institut ist aber auch eines der umstrittensten. Wie staunts Helena, so kann auch die AG von sich sagen "Bewundert viel und viel gescholten" (4). Ja, viel bewundert!

Lobt doch der große deutsche Rechtslehrer Heinrich DERNBURG, daß man mittels dieser Personenvereinigung Reiche gegründet hat - man denke an die ostindischen Kompagnien -, daß man mittels ihrer auch die Gestaltung der Erde veränderte, indem man Meere grub und Berge durchbrach, mächtige Verkehrsstraßen herstellte und mehr als eine Produktion vertausendfacht hat" (5). Und NOGARO (6) betrachtet sie als die größte Entdeckung der neuen Zeit, wertvoller als die Entdeckung des Dampfes und der Elektrizität!

Aber auch viel gescholten!

Jakob RIESSER (7) hält sie für "die schonungsloseste Waffe der modernen kapitalistischen Wirtschaftsordnung". DERNBURG wirft ihr - allen Lobes ungeachtet - vor, daß sie "oft die Melodie bildet, mittels derer moderne Rattenfänger eine be-
rürte Menge hinter sich herziehen zu deren ökonomischen Ruin"!

Was ist also eine AG?

Die AG ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Gesellschafter an dem in Aktien zerlegten Grundkapital mit Einlagen beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften.

Die AG ist eine Personenvereinigung, eine "Gesellschaft" (8), eine Gesellschaft mit eigener Persönlichkeit, ein Verein und zwar ein vollkommener Verein (9).

Kein Gesellschafter haftet persönlich für die Verbindlichkeiten der AG (§ 1 AG) (10). Nur die AG haftet mit ihrem Vermögen. Der Aktionär haftet nur ausnahmsweise beschränkt persönlich. Er haftet mit dem Empfangenen (AG § 56); insoweit es nicht vorhanden ist, in Höhe seines Wertes. "Die beschränkte Beitragspflicht", sagt COHN (12), "ist der eigentliche Schwerpunkt des Instituts, seine Grundsäule". Wer sich an einer AG beteiligt, ist also nicht mit seinem ganzen Vermögen beitragspflichtig, nicht "mit seiner ganzen wirtschaftlichen Potenz verwickelt" (13).

- | | |
|---|------------------------------|
| 1) Cohn, Die AG, S. 1. | 5) Dernburg, Das bürgerliche |
| 2) Nogaro, <i>Éléments d'économie politique</i> , t I, S. 25 | Recht, S. 271 |
| 3) Rießer, <i>Der deutsche Handel</i> , Bd. CXLV, 1913, S. 361, 370. | |
| 4) Lehmann, <i>Handelsrecht</i> , S. 305. | |
| 5) Gierke, <i>Handelsrecht</i> , S. 247. | |
| 6) Staub, <i>Kommentar</i> , § 178, Anm. 22. Selbstverständlich ist hier nur die Haftung aus der Tatsache des Aktionärseins gemeint; aus besonderen Verpflichtungsgründen (z.B. unerlaubter Handlung, Bürgschaft, Schuldübernahme...) kann eine Haftung des Aktionärs vorhanden sein. | |
| 7) Gierke, <i>Handelsrecht</i> , S. 344. | 12) Cohn, Die AG, S. 15. |
| 8) Cohn, Die AG, S. 16. | |

Trägerin der Verbindlichkeiten und Rechte ist nur die Gesellschaft selbst. Die AG als solche ist die Unternehmerin, von der Person der Gesellschafter rechtlich losgelöst (*société anonyme*), eine selbständige organisierte juristische Person (14). Die AG ist weiter eine Kapitalgesellschaft. Sie ist aufgebaut auf einem Grundkapital, d. h. einem in einer Geldziffer ausgedrückten Kapital. Man nennt es auch das Einlage-, Stamm-, Aktien- oder das Gesellschaftskapital. In dieser "Kapitalberechnung", dieser "festen Umgrenzung der Kapitalsumme" sehen auch Nationalökonomien ein wesentliches Moment der AG. Ohne Grundkapital kann keine AG entstehen, und ohne Grundkapital kann keine AG bestehen. Das Grundkapital bildet die Kreditbasis der AG. Es ist für die Zwecke der AG in Teilen aufzubringen, und zwar durch die Beiträge, die sogenannten Einlagen der Mitglieder. Das Grundkapital ist in eine feste Anzahl von Anteilen zerlegt. Jedem Anteil entspricht eine Mitgliedschaft. Auch die Mitgliedschaft hier ist kapitalistisch gefärbt. In der AG hat der Kapitalverein seine höchste Steigerung erfahren. Die Mitgliedschaft wird ganz von der Kapitalbeteiligung beherrscht und sie ist grundsätzlich frei übertragbar. Die Persönlichkeit der Mitglieder spielt allerdings eine recht geringe Rolle. Die Person des Aktionärs, seine persönliche Leistung, seine persönliche Qualifikation, tritt hinter seiner Kapitalbeteiligung weit zurück. Die AG ist stets Handelsgesellschaft. Nicht nötig ist, daß der Gegenstand ihres Unternehmens ein Handelsgewerbe ist. Sie ist daher stets Vollkaufmann, Formkaufmann.

II. Die Aktie im Sinne der Mitgliedschaft

Die AG ist eine privatrechtliche Körperschaft mit einem in Aktien zerlegten Grundkapital.

Das Wort "Aktie" ist vieldeutig und bezeichnet nicht bloß den Anteil eines Mitgliedes der Gesellschaft am Grundkapital, sondern auch das Anteilrecht, die Mitgliedschaft, nämlich die Rechtsstellung des einzelnen Aktionärs und schließlich auch die über das Aktienrecht (15) ausgestellte Urkunde.

Das Aktienrecht ist keine Obligation, die sich nach einem Anteil an der Verwaltung und an der Beschlußfassung der Gesellschaft richtet (16). Das Aktienrecht ist auch kein Forderungsrecht auf einen Anteil am Gewinn der AG (17), noch endlich eine Forderung, die auf Herausgabe einer Quote des Vermögens im Falle der Auflösung des Vereins geht (18). Das Aktienrecht ist vielmehr die durch Über-

14) Heinsheimer, R., Handelsrecht, S. 35.

15) Vgl. S. 2

16) So Stobbe, Handbuch des privaten Rechts, Bd. 1, S. 392

17) So Unger in der Krit. Übersicht, Bd. 6, S. 187.

18) So Kuntze, Inhaberpapiere, S. 511, 512.

nahme eines bestimmten Anteils des Aktienkapitals der Gesellschaft nach Maßgabe dieses Anteils erworbene Vereinsmitgliedschaft.

Der Begriff der Mitgliedschaft (19) entstammt dem Vereinsrecht. Die Mitgliedschaft bedeutet nach allgemeiner Ansicht die Zugehörigkeit zu einer Körperschaft (20).

Sie ist ein personenrechtliches Verhältnis zwischen einer Körperschaft und den an ihr Beteiligten (21). Die Mitgliedschaft beinhaltet mehr als ein bloßes Forderungsrecht, sie umfaßt einen Komplex von Rechten und Pflichten und hat in erster Linie die Mitverwaltung und die Beherrschung des Vereins zum Inhalt (22). "Der Inhalt der Mitgliedschaft bestimmt sich nach der Körperschaftsverfassung. Sie begrenzt das Stück der Persönlichkeit, mit dem das Mitglied im Verbande aufgeht, und setzt den Anteil fest, den zum Ersatz dafür das Mitglied an der Gesamtpersönlichkeit empfängt. Innerhalb dieses Rahmens entfaltet sich die Mitgliedschaft zu einer Fülle einzelner Rechte und Pflichten" (23).

Daß die Mitgliedschaft personenrechtlicher Art sei, wird in der Literatur oft behauptet, aber in verschiedener Weise begründet. So reiht SOHM (24) die Vereinsmitgliedschaft dem Personenrecht zunächst deshalb ein, weil sie regelmäßig unübertragbar und unvererblich sei, und begegnet der Einwendung, daß dies doch einerseits nicht mit Rechtsnotwendigkeit der Fall sei, andererseits aber auch bei der Teilhaberschaft an einer Gesellschaft zutrefte, mit dem weiteren Argument, daß wie diese, so jede Art von Mitgliedschaft an eine persönliche Eigenschaft, nämlich die Eigenschaft als Mitglied oder Gesellschafter geknüpft und daher ein Statusrecht im weiteren Sinne sei.

DERNBURG, KOHLER, ENNECCERUS (25) charakterisieren die Mitgliedschaft als Personenrecht vom Standpunkt des Mitglieds, weil die Mitgliedschaft die soziale Stellung des Mitglieds zum Verein bestimme, ein Recht auf persönliche Rechts-

-
- 19) Hier die "Mitgliedschaft" im Gegensatz zu der "Teilhaberschaft" der Personalgesellschaften.
 - 20) Ruth, Eintritt und Austritt von Mitgliedern, ZHR (88), 1929, S. 460.
 - 21) Staudinger, Kommentar zum BGB, § 35, Anm. IV, 1;
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, § 112, S. 674.
 - 22) Staudinger, Kommentar, § 35, Anm. II, 1;
Hachenburg, Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 14 Anm. 16;
Nägele, Mitgliedschaftspapiere, S. 2. Zwar kommen auch hier Forderungsrechte vor, aber sie sind nicht Inhalt, sondern erst Ausfluß der Mitgliedschaft.
 - 23) O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Buch 2, § 64.
 - 24) Sohm, Der Gegenstand, S. 68, 88; Archbürg. K 28, S. 185.
 - 25) Dernburg, Bürg. R. 1 § 69 V; Kohler, Lehrbuch 1, S. 338;
Enneccerus, Lehrbuch 1, § 1120 III, S. 674.

stellung innerhalb des Vereins sei. GIERKE (26) erblickt weitergehend in der Mitgliedschaft etwas Personenrechtliches von beiden Seiten her: Rechte nicht nur der Gliedpersonen an der Gesamtperson, sondern auch der Gesamtperson an deren Gliedpersonen. Und HAFF (27) endlich sieht den personenrechtlichen Charakter der Mitgliedschaft in § 38 BGB und Art. 70 Abs. 3 ZGB begründet werden.

Die Mitgliedschaft ist kein Recht, sondern ein Rechtsverhältnis (28), nicht einseitige Rechtsmacht des Mitglieds oder einseitiges Rechtsattribut seiner Persönlichkeit, sondern eine Rechtsbeziehung zwischen Personen, zwischen dem Verein und dem Mitglied. Die Mitgliedschaft ist ein rechtliches Band, wie die Teilhaberschaft, die zwischen zwei Privatsubjekten besteht.

Dieses Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft bedeutet für das Mitglied, den Aktionär seinen rechtlichen Zustand, Glied der AG zu sein und ihr gegenüber zu stehen, d. h. die Mitgliedsstellung.

Aus diesem Rechtsverhältnis, seinem wesentlichen Inhalt nach, entspringen die Vermögens- und Mitverwaltungsrechte. Die ersteren sind selbstnützige mitgliedschaftliche Ansprüche, die auf eine unpersönliche Geldleistung gerichtet sind (29). Die anderen sind gemeinnützige mitgliedschaftliche Rechte, die vor allem den Mitgliedern Einfluß auf die Verwaltung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten sichern sollen.

Die Mitgliedschaft ist ihrem Wesen nach als Zustand einer Person in einem Verein unübertragbar. Ausnahmsweise kann die Mitgliedschaft als Ganzes (niemals eine einzelne aus ihr hervorgehende Befugnis) übertragbar sein, wie die Mitgliedschaft des Aktionärs in der AG. Hier ist die Mitgliedschaft übertragbar, nicht weil sie wegen des mit ihr verbundenen Anspruchs auf Dividende und Liquidationsquoten "Vermögenswert" hat, sondern weil sie kraft Gesetzes für übertragbar erklärt ist (30).

Während bei gewöhnlichen, namentlich nicht kapitalistischen Körperschaften die Mitgliedschaft im Zweifelsfall weder übertragbar noch vererblich ist, gilt dies von der AG nicht. Bei ihr ist die Möglichkeit der Übertragung (30 a) der Mitgliedschaft

26) Gierke, Genth, S. 165, 316

27) Haff, Institutionen, S. 211

28) Müller-Erbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 20, 24; Heinsheimer, K., Mitgliedschaft und Ausschließung, S. 18.

29) Müller-Erbach, Mitgliedschaft, S. 219.

30) Cosack, H. R., S. 527.

30 a) Auch hier bedeutet die Übertragung der Mitgliedschaft "Mitgliedswechsel", wie die Übertragung der Teilhaberschaft "Teilhaberwechsel", vgl. S. 26.

schaft regelmäßig zulässig, weil es nach dem Wesen der AG auf die einzelnen Mitglieder persönlich nicht ankommt und die Aktie kein mit dem ersten Erwerber fest verknüpftes Recht ist (31). Von altersher ist die auf kapitalistischer Grundlage ruhende Mitgliedschaft frei übertragbar (32).

Also kommen wir zum Schluß: nur das Wesen der rechtlichen Form des Rechtskleides, der AG, schafft die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft.

"Je mehr ein reines Kapitalinteresse den Wert der Mitgliedschaft bestimmt, desto stärker wird das Bedürfnis, diesen "Vermögenswert", falls erforderlich, flüchtig und andern Zwecken dienstbar zu machen. Zugleich wird umso weniger die Persönlichkeit des Mitgliedes für den Verband ins Gewicht fallen. Daher wird sich umso eher das Bedürfnis nach leichter Veräußerlichkeit und Übertragbarkeit der Mitgliedschaft befriedigen lassen" (33). Ohne weiteres aber können gebundene (vinkulierte) Aktien ausgegeben werden, d. h. Aktien, die nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden können (§ 61 III AktG).

III. Die Mitgliedschaft verkörpert in der Aktienurkunde

Wird nun über die Mitgliedschaft selbst eine Urkunde ausgestellt, besitzt diese Urkunde nach allgemeiner Meinung, Wertpapiernatur. Wann ist nun eine Urkunde Wertpapier?

Nach der von BRUNNER (34) aufgestellten Wertpapiertheorie: Wertpapier ist eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Ausübung oder Übertragung durch Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist. Dieser Brunnersche Wertpapierbegriff ist heute als herrschende Lehre anzusehen.

Es gilt der Satz "Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht an dem Papier", d. h. das Wertpapier wird wie eine andere körperliche Sache zu Eigentum übertragen, verpfändet, retiniert usw. und mit dem Eigentum, Pfandrecht, Zurückbehaltungsrecht oder anderen dinglichen Rechten am Papier erhält der Erwerber auch das im Papier verbriefte Recht. Die Folge dieser Verknüpfung von Recht und Papier ist die wichtigste sogenannte "Legitimationswirkung", Ausweiswirkung der Wertpapiere: der Besitzer des Papiers gewährt den sogenannten Rechtsschein, d. h. der Besitzer gilt zunächst als Eigentümer und daher als Träger des geurkundeten Rechts (35).

31) Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. II, S. 29;
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 704.

32) Lehmann, R. d. AGen, Bd. II, S. 29.

33) Müller-Erbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 362.

34) Brunner, in Endemanns Hdb. II, S. 147.

35) Heymann, Handelsrecht, S. 83.

Die Aktie ist sowohl in der Form der Inhaber- wie der Namensaktie Mitgliedschaftspapier. Bei Inhaberaktien gelten die allgemeinen Regeln der Inhaberpapiere. Hiernach wird die volle Mitgliedschaft erworben durch Eigentumserwerb an der Aktie. Der Erwerb vollzieht sich also regelmäßig durch Einigung und Übergabe des Papiers (§ 929 ff. BGB). Die Namensaktien sind kraft Gesetzes Ordungspapiere (§ 61 II AktG).

Von dem Erwerb der Mitgliedschaft scharf zu unterscheiden ist die Legitimation als Mitglied. Einfach liegt es bei Inhaberaktien. Hier ist der Inhaber der Aktienurkunde als Aktionär legitimiert, es kann ihm aber der Gegenbeweis geführt werden, daß er nicht Eigentümer und daher nicht berechtigt sei (36).

Anders bei Namensaktien. Bei ihnen wird die Legitimation gegenüber der AG durch Umschreibung im Aktienbuch begründet (§ 62 AG). Die Legitimationstheorie des Mitgliederbuchs ist heute die herrschende. Das Mitgliederbuch hat hiernach keinerlei materielle Bedeutung: Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft vollziehen sich außerhalb des Buches; dieses hat nur deklaratorische nicht aber konstitutive Wirkung. Es dient lediglich dazu, den Eingetragenen der AG gegenüber zu legitimieren (37).

Die Mitgliedschaft, haben wir schon gesehen, ist kein einheitliches Recht, sondern ein ganzes Rechtsverhältnis, ein Komplex von Rechten und Pflichten. Nun fragt man, was in der Aktienurkunde verbrieft ist? Die ganze Mitgliedschaft oder nur die aus der Mitgliedschaft entspringenden Rechte? Da die Mitgliedschaft ein einheitliches Rechtsverhältnis, ein Ganzes ist und Rechte und Pflichten kein getrenntes Leben führen, muß man mit NÄGELE (38) annehmen, daß die Aktienurkunde die ganze Mitgliedschaft verbrieft.

Welchen Einfluß hat diese Verbrieftung der Mitgliedschaft auf ihren Inhalt? Dies kommt aus dem Wesen der AG. Das Wesen der AG braucht die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft und diese Übertragbarkeit braucht, um schnell und leicht zu sein, eine Form, die Aktienurkunde. In der AG treffen wir eine Kapitalbeteiligungsmemberschaft. Das Gewicht verlagert sich von der personenrechtlichen auf die vermögensrechtliche Seite. "Hieraus erklärt sich", sagt GIERKE (39), "daß die sozialrechtlichen Grundsätze zurücktreten können, und Individualrecht zum Vorschein kommt." Am stärksten ist dieses der Fall, wenn, was die Regel ist, die Mitgliedschaft in der Aktienurkunde verbrieft ist. Dies kommt besonders stark zum Ausdruck bei der Inhaberaktie; obwohl die Mitverwaltungsrechte, vor allem das Stimmrecht, in der Generalversammlung erhalten bleiben, wird die Inhaberaktie im Verkehr als eine bloße vermögensrechtliche

36) Gierke, Handelsrecht, S. 324.

37) Nägele, Mitgliedschaftspapiere, S. 91.

38) Nägele, Mitgliedschaftspapiere, S. 36.

39) Gierke, Handelsrecht, S. 263.

Beteiligung aufgefaßt. Diese Erscheinung, daß durch die Verbriefung der Mitgliedschaft, in Order- und Inhaberaktien eine Verflachung der personenrechtlichen Seite und eine Annäherung zur bloßen vermögensrechtlichen Beteiligung eintritt, hat wegen der damit verbundenen Zunahme der Anonymität der Mitgliedschaft in erster Linie wirtschafts- und rechtspolitische Bedeutung.

Die durch die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft und ihre Veebriefung in einer Urkunde vermögensrechtliche Erscheinung der Mitgliedschaft erklärt die Einmann-gesellschaft und den Erwerb der Mitgliedschaft durch die AG. Der Begriff der mehrfachen Mitgliedschaft und ihre graduelle Entwicklung zur Einmann-gesellschaft (40) ist im allgemeinen Vereinsrecht unbekannt, was sich daraus erklärt, daß hier die Mitgliedschaft in der Regel unübertragbar ist. Anders bei den Kapitalgesellschaften, bei denen die mehrfache Mitgliedschaft von Anfang an zugelassen wurde.

Aber auch wer mehrere Mitgliedschaften in seiner Hand vereinigt, ist nur einmal Mitglied der Körperschaft. Allerdings behalten die einzelnen Mitglieder ihre Selbständigkeit, können daher einzeln wieder weiter veräußert und übertragen werden. Zu dieser Ausbildung der Mitgliedschaft vom Personen-rechtsverhältnis zur abstrakten Mitgliederstelle (41) hat wohl in erster Linie die Verbriefung und die dadurch bedingte Vorstellung der Mitgliedschaft als Sache beigetragen (42).

Es ist auffallend, daß im allgemeinen Vereinsrecht das Gebilde der eigenen Mitgliedschaft unbekannt ist. Denn es erscheint als ausgeschlossen, daß ein Verein sein eigenes Mitglied sein könnte, ebenso wie es undenkbar ist, daß jemand Rechte gegen sich selbst haben kann. Das geltende deutsche Gesetz (§ 65 AG) hat den Erwerb eigener Aktien nur in bestimmten Fällen erlaubt; aber der Gesellschaft stehen aus eigenen Aktien keine Rechte zu. Am richtigsten spricht man von einem Ruhen der Mitgliedschaft sowohl in bezug auf Berechtigung wie in bezug auf Verpflichtungen, obwohl die Mitgliedschaft grundsätzlich erlöschen müßte.

40) In vielen ausländischen Rechten, z. B. Frankreich, Belgien, Griechenland, führt die Vereinigung aller Anteile in einer Hand zur Auflösung der Körperschaft.

41) Die Gesellschafterstellung unterscheidet sich von der Gesellschafterstelle. Die erstere ist die Eigenschaft eines Rechtssubjekts, Glied eines anderen, zusammengesetzten Rechtssubjektes zu sein. Die letztere ist ein Platz, den ein Gesellschafter in der Gesellschaft einnimmt. Vgl. Wieland, § 35 Einl. S. 397.

42) Vgl. Gierke, Handelsrecht, S. 264, 265, 329; Nägele, Mitgliedschaftspapiere, S. 41.

Auch hier ist jedoch, wie bei der mehrfachen Mitgliedschaft und ihrer graduellen Spitze, der Einmannsgesellschaft, das Problem von der verbrieften Mitgliedschaft aus beeinflußt worden, indem auch hier der sachenrechtliche Verkörperungsgedanke zur Vorstellung von der abstrakten Mitgliederstelle führte.

Obwohl die wirtschaftsrechtliche Bedeutung der Verbriefung der Mitgliedschaft besonders groß ist, stellt man die Frage danach: Ist diese Verbriefung, d. h. die Ausstellung einer Aktienurkunde ein essentielles Element der AG in dem Sinne, daß durch ihre Ausfertigung das in ihr verbriefte Recht erst begründet wird? Nein. Der Erwerb der Mitgliedschaft vollzieht sich unabhängig von der Ausstellung eines Mitgliedschaftspapiers. Die Mitgliedschaftspapiere sind keine konstitutiven Urkunden. Darum ist es möglich, daß die Ausgabe von Urkunden über die Mitgliedschaft überhaupt unterbleibt; nur aber hat jeder Aktionär einen unentziehbaren Anspruch auf Aushändigung einer Aktienurkunde.

Ist aber diese Verbriefung ein wesentliches Kennzeichen der AG? Nein. Sie ist kein wesentliches Charakteristikum, nur können wir sagen, ein natürliches Kennzeichen der AG. Die Mitgliedschaft in einer AG kann verbrieft oder unverbrieft sein. Darum ergibt sich, daß die Verbriefung nur eine Gestalt, eine äußere Erscheinung der Mitgliedschaft ist. Dies ist die durchaus herrschende Lehre.

Aus dieser kurzen Untersuchung der AG und ihrer Mitgliedschaft ergibt sich, daß die allgemeinen Merkmale der AG sind: die beschränkte Haftung der Mitglieder, die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft, die Verbriefung der Mitgliedschaft in einer Urkunde und die durch diese Verbriefung leichte Negoziabilität der Aktien.

Nachdem wir den Haupttypus der Personalgesellschaften und ihren Gesellschaftsanteil und den Haupttypus der Kapitalgesellschaften und deren Gesellschaftsanteil als zwei verschiedene Formen behandelt haben, können wir sie jetzt zusammenfassen und sie gemeinsam in ihrer Eigenschaft, der Gesellschaftsanteile, untersuchen. -

5. K A P I T E L

THEORIEN UND KRITIK

I. Vergleichsmöglichkeit

Wir haben schon angeführt, daß dieses Thema hauptsächlich in Frankreich und Italien entwickelt worden ist. Bevor man in die Untersuchung und Vergleichung der einzelnen Kennzeichen der Teilhaberschaft und Aktien eintritt, muß man auf eine andere Frage antworten: Ist ein solcher Vergleich möglich? Können wir überhaupt die Personalgesellschaft der Kapitalgesellschaft gegenüberstellen und sie vergleichen?

In Frankreich wie auch in Italien und Griechenland hat man sich mit dieser Aufgabe ohne Schwierigkeit beschäftigt, weil dort grundsätzlich Personal- und Kapitalgesellschaften juristische Personen sind.

Kann nach deutschem Recht die Entstehung der Gesamthand uns an dieser Vergleichung hindern? Man überlegt sich, ob ein Vergleichungsmaßstab zwischen den Personalgesellschaften, die als Gesamthandgemeinschaften anzusehen sind, und den Kapitalgesellschaften, die juristische Personen sind, bestehen könne.

Vergleichen bedeutet Gleiches gleich, Ungleiches ungleich setzen (1). Herrschender Meinung nach gibt es keine Vergleichsmöglichkeit zwischen Gesellschaft und Körperschaft oder besser zwischen Gesamthand und juristischer Person, weil diese Begriffe nicht nur ungleich sind, sondern ganz verschieden.

Diese dualistische Lehre errichtet zwischen den einzelnen Gruppen der Handelsgesellschaft eine undurchdringliche Scheidewand. Da sie verschieden sind, sind sie unvergleichbar.

Ist dies aber die juristische Wahrheit? Gibt es wirklich keine Vergleichsgrundlage? Kann die Gesamthand zwei Begriffe, die von einem Oberbegriff, die Gesellschaft, herkommen, so unüberbrückbar trennen?

Man hat viel über die Natur der Gesamthand geschrieben. Georg BESELER hat den Grundstein zu der Gesamthandlehre gelegt, Otto v. GIERKE ihren Bau errichtet (2). Diese germanistische Theorie, obwohl sie auch heute die herrschende ist, hat man in allen ihren Gestaltungen viel bekämpft. So verneint GERBER die Möglichkeit einer einheitlichen Gesamthandtheorie; nach HEUSLER ist die Gesamthand kein Rechtsinstitut, sondern ein Rechtselement; dazu kommt die Theorie der ungeteil-

1) Wieland, HR I, S. 403.

2) Buchda, Geschichte und Kritik, S. 166

ten Gesamtberechtigung von TUHR und ENDEMANN vertreten; die Theorie der geteilten Mitberechtigung, von JAEGER, NAGLER, HEYMANN, KIPP vertreten; die von SOHN und SIBER vertretene Theorie der Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts; die Theorie Konrad ENGLÄNDERS, der die Gesamthand als Untertane eines Oberbegriffes, der "Rechtsgemeinschaft" nachweist; die Theorie der Gesamtheit (Einheit) des Gesamthandvermögens von LEONHARD und LENSKI vertreten; HAFF und JAEGER betrachten die Gesamthand als Mittelstufe und endlich haben viele Autoren, wie BINDER, KATTAUSCH, SCHÖNFELD, BLOMEYER, BESELER, die Gesamthand als Rechtssubjekt betrachtet.

Alle diese Theorien haben nach einem Unterschied zwischen Gesellschaft und Körperschaft gesucht. "Vergebens haben wir einen Einschnitt zwischen Gesamthand und Körperschaft gesucht, der es vermöchte, die eine wie die andere ihrer ganzen Erscheinung nach ausschließlich und unnachgiebig auf die eine oder andere Seite zu drängen" (3). Da man keinen Unterschied gefunden hat, sind Gruppe, Reihen und Stufen geschaffen, damit die Gesamthand sich der juristischen Person nähern kann. Deshalb hat man die Gesamthand zwischen den rechtsfähigen Menschen und die rechtsfähige Körperschaft gestellt.

Was die Gesamthandlehre bewiesen hat, ist, daß man diesen Dualismus Personen-einheit (Gesamthand) - höhere Einheit (juristische Person) bis heute nicht begriffen hat und ihn niemals begreifen wird; denn er ist nicht mit der Logik in Einklang zu bringen. Beide beruhen auf einer Einheitsvorstellung. Es gibt keinen Dualismus. Die juristische Person ist kein geheimnisvolles Wesen, das sich, soweit es sich um die Korporation handelt, von den Gliedern loslöste. Sie bedeutet eine Methode. Das ist ein Gedanke, den STAMMLER, SOMLO, WIELAND, SCHREIBER, SCHÖNFELD, in sachlicher Übereinstimmung zum Ausdruck gebracht haben (4). Andererseits ist die Gesamthand kein Rechtsinstitut, sondern ein Rechtsprinzip, wie O. v. GIERKE wieder und wieder hervorgehoben hat (5) oder eine Möglichkeit, nach BUCHDA (6), ein Prinzip des rechtsgeschäftlichen Handelns. Was niemand verneinen kann, ist, daß die menschliche Verbindung von Natur Vielheit ist und von Natur Vielheit bleibt; denn einen Gesamtmenschen gibt es nicht. "Wenn auch der Gemeinschaft ein gewisses Eigensein zukommt, so hat sie doch keine von den Individuen losgelöste Existenz, sondern sie

3) Buchda, a.a.O., S. 235.

4) Stammler, R., Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 243 Note 6 und S. 266; Somlo, F., Juristische Grundlehre, S. 521 f., Note 5; Wieland, HR, I, S. 406, 408; Schreiber, KG a. A., S. 12; Schönfeld, Zur Konstitution der OHG, JJ Bd. 75, S. 373.

5) GenTh, S. 342, ferner DPR, I. Bd., § 80 IV, S. 669.

6) Buchda, Geschichte, S. 266.

wird von ihnen getragen und besteht nur in ihnen" (7). Rechtlich hingegen wird diese Verbindung mit Hilfe einer Methode oder eines Prinzips zur Einheit gemacht. Damit stehen Gesamthand und juristische Person als Prinzipien wiederum auf einer Stufe. "Die Gesamthand und die Körperschaft stehen mit anderen Verbindungen zusammen in einem Feld, das die vielseitigsten Erscheinungen hervorbringt" (8). Gesamthand und juristische Person sind Personenvereinigungen, d. h. Vielheit und Einheit zusammen, darum logisch gleich, weil "... eine Einheit als solche nur denkbar ist, insofern als sie aus Distinktionen besteht und die Einheit zu diesen bildet; Einheit ohne Distinktion (Mannigfaltigkeit) widerspricht dem Denken ebenso wie Distinktion ohne Einheit. Einheit und Distinktion (Mannigfaltigkeit) sind zueinander korrelativ, also nicht voneinander zu trennen" (9).

Also nicht der Stoff, sondern seine Gestaltungen unterscheiden sich. Die Gesellschaft ist nur ein Leib mit vielen Rechtskleidern. Die Rechtsordnung kann es entweder den Menschen überlassen, diese Formen zu gestalten, oder auch selbst bestimmte Schemata vorzeichnen, wie z. B. AG, GmbH, KG. Jede dieser Gemeinschaftsformen ist irgendwie bestimmt. Durch die Momente ihres Bestimmtheits ist sie erkennbar und von anderen Formen unterscheidbar.

Übrigens hat die Feststellung, ob ein Personenzusammenschluß die Form einer Gesamthandsgemeinschaft oder einer Körperschaft hat, mit ihren Essentialen nichts zu tun. Diese rein konstruktive Frage hat mehr theoretische als praktische Bedeutung und ihre verschiedene Beantwortung ändert an dem Wesen der Gesellschaft nichts (10).

Zum Schluß können wir annehmen, daß der Gesellschaftsbegriff uns die beharrenden Maßstäbe der Vergleichen gewährt (11).

-
- 7) Hubmann, H., Das Persönlichkeitsrecht, S. 67.
 - 8) Buchda, Geschichte, S. 235.
 - 9) Benedetto Croce, Logik als Wissenschaft vom reinen Begriff, S. 5/
(übersetzt von F. Noeggerath, in den von Hans Feist herausgegebenen Philosophischen Schriften, I. Reihe, 2. Band).
 - 10) Lehmann, AG I, S. 139;
Paulick, Die eingetragene Genossenschaft, S. 60.
 - 11) Vgl. auch Wieland, HR I, S. 451.

II. Theorien und Kritik

a) Allgemeines

In dem Gesellschaftsrecht ist nichts mehr gebräuchlich als die Wörter "Teilhaberschaft" und "Aktie". Sie bezeichnen den Gesellschaftsanteil. Ihre Beziehung hat einen doppelten Charakter. Erstens positiv: Beide Begriffe sind synonym. Sie bezeichnen den Zustand einer Person in einer Gesellschaft, die eine in der Personalgesellschaft, die andere in der Kapitalgesellschaft. Zweitens negativ: Die Teilhaberschaft als mehr natürliche Beteiligung liegt der Verbandsgliedschaft näher, so daß sie als Gattungsbegriff erscheint. Die Aktie dagegen entfernt sich von der Verbandsgliedschaft, so daß sie einen Artbegriff anzeigt.

So hat man sich gefragt, warum. Was unterscheidet die Teilhaberschaft von der Aktie?

Welches ist das Kriterium der Aktie?

Darüber sind viele verschiedene Systeme erschienen, die die französische Doktrin und Jurisprudenz, wie auch die des romanischen Rechtskreises gespalten haben.

b) Die Gleichheit und Gleichwertigkeit der Aktie

Nach einem System der französischen Doktrin (12), ist das Kriterium, das die Aktie von der Teilhaberschaft unterscheidet, die Gleichheit der Gesellschaftsanteile. Die Aktie ist einer von den gleichen Teilen, deren Sammlung das Gesellschaftskapital darstellt. Der Wert der Aktie, wie auch der der Teilhaberschaft, vermehrt oder vermindert sich im Verhältnis zu dem Wohlergehen des Unternehmens. Im allgemeinen ist jeder Gesellschaftsanteil einer Vermehrung oder Verminderung fähig, weil er den Schwankungen des Kapitals folgt. Während aber die Aktie für alle Gesellschafter durch eine gleichartige unveränderliche Ziffer dargestellt ist, ist die Teilhaberschaft eine veränderliche Quantität, für jeden Gesellschafter verschieden, dessen Quantum bis zur Liquidation unbestimmt bleibt. "Wenn in einer Gesellschaft", sagt DEMANTE (13), "das Kapital in eine bestimmte Summe von Teilen zerlegt ist, für welche Summe die Gesellschaft sich an das Publikum wendet, dann heißt dieser Gesellschaftsanteil 'Aktie'."

Dieses System ist nun in bezug auf das französische Recht bestreitbar wegen des im Code Civil bestehenden Artikels § 34. "Das Kapitel der Gesellschaften auf Aktien ist in Aktien gleichen Nominalwertes zerlegt". Im deutschen Recht kann

-
- 12) Troplong, *Sociétés*, Bd. 1, No. 128;
 Malepeyre und Jourdain, *Sociétés par actions*, S. 199;
 Demante, *Cours anal. de droit civ.*, Bd. II, No. 357.
 13) Demante, *a.a.O.*, S. 421.

dieses System keine Anwendung finden, weil die Gleichheit von Aktien weder obligatorisch noch notwendig ist.

Am Anfang die juristische Wahrheit: Es ist zweifellos, daß die Teilhaberschaften im allgemeinen ungleiche und die Aktie gleiche Gesellschaftsanteile sind. Diese Gleichheit hat allerdings viele praktische Vorteile, weil sie die Verteilung von Gewinnen erleichtert; eine einfache Division genügt, um den Anteil am Gewinn oder die verteilbaren Dividenden zu bestimmen, wenn die Summe der Gewinne bekannt ist. Wegen dieser Gleichheit kann man durch eine einfache Multiplikation wissen, was der Preis des Verkaufes einer bestimmten Zahl von Aktien ist. Daß die Aktiengesellschaften regelmäßig ihr Kapital in gleichwertige und gleichartige Anteile zerlegen, ergibt sich daraus, daß sich dies sehr gut zu der Ausgabe und zum Umlauf der Aktienurkunden eignet.

Trotzdem können wir nicht darin das verlangte Kriterium finden. Es genügt, sich auf die Vorbereitungsarbeiten der Novelle von 1867 zu beziehen, um zu bestätigen, daß der Gesetzgeber nur einfach das "de eo quod plerumque fit" bestimmen wollte.

Ist aber die Gleichheit der Aktien auch im französischen Recht obligatorisch? Wie FORGADE LA ROQUETTE (14) schreibt: "Die vom C. C. bestimmten Arten sind nichts anderes als Mittel, die die "Abfahrt" der Aktien erleichtern und haben nichts mit dem Wesen der Aktie zu tun."

Ist also die Ausgabe von Aktien ungleichen Wertes möglich? ROUHER (15) hat erwidert: "Zwischen den Bestimmungen des Code Civil steht die des Art. 34, der bestimmt, daß das Kapital in Aktien gleichen Wertes zerlegt ist: dies ist nur ein Typus, durch den das Kapital gestaltet und geteilt ist. Ist es zwingendes Recht? Ich könnte sagen, daß nichts in der Gesetzgebung, in der Rechtswissenschaft oder in der Jurisprudenz dieser Bestimmung zwingenden Inhalt zuschreibt." Diese Gleichheit von Aktien ist auch in Frankreich wegen der Entstehung der Vorzugsaktien oder wegen der Möglichkeit der Ausgabe vieler Reihen von Aktien mit verschiedenem Wert geschlagen (16). Es ist wahr, daß sowohl in Frankreich, in Griechenland und in anderen Ländern, wo es eine solche gesetzliche Vorschrift gibt, als auch in Ländern, wo keine solche Vorschrift gilt, regelmäßig die Aktiengesellschaften ihr Kapital in gleichen Anteilen verteilen. Doch gehört eine Teilung des Stammkapitals in gleiche Teile nicht zum Wesen der AG; darum ist eine Zerlegung des

14) Moniteur vom 5.6.1867.

15) Moniteur vom 9.6.1867.

16) In Italien auch. Martinenghi, Società azionarie, S. 83.

Kapitals in eine Anzahl ungleicher Teile zulässig (17). Also ist die Gleichheit der Aktie kein wesentliches Charakteristikum der Aktie, sondern nur ein natürliches. -

c) Die Unteilbarkeit der Aktie

Die Aktien sind unteilbar. Die Aktie ist freies Eigentum des Aktionärs, er kann Teile davon abgeben, der Betreffende wird dann ein Unterbeteiligter, aber nicht Mitglied der Gesellschaft. Also ist die Regel der Unteilbarkeit beschränkt dahin auszulegen, daß sie nur im Verhältnis des Aktionärs zur Gesellschaft gelten soll (18). Will ein Aktionär einen Dritten an seinem Ertrage beteiligen, so ist ihm dies nicht verwehrt. Aber der AG gegenüber kann nur er als Aktionär auftreten. Demensprechend können auch mehrere Erben (oder sonstige Mitberechtigte) die Rechte aus der Aktie nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben.

Was geschieht aber in der OHG? Treten an die Stelle eines ausscheidenden Gesellschafters mehrere Personen, so findet eine Vervielfältigung der Teilhaberschaft statt. Das Kapitalkonto des Ausscheidenden verteilt sich unter die Eintretenden. Die Erben treten in die Gesellschaft ein als ebensoviele einzelne nach Maßgabe ihrer Anteile und des Gesellschaftsvertrages, völlig unabhängig von allen übrigen.

Ist also die Unteilbarkeit der Aktie als ihr Kriterium zu betrachten? Nein. Erstens, weil die Unteilbarkeit kein wesentliches Kennzeichen der Aktie ist, sondern nur ein Zusatz zu der Regel der Gleichheit der Gesellschaftsanteile (Frankreich) oder des Prinzips des Minimum-Nennbetrages (in Deutschland). Zweitens, weil die Unteilbarkeit, nach der herrschenden Meinung, in dem obigen Sinne lediglich eine auf den Schutz der Aktionäre berechnete Vorschrift ist, die daher durch die Autonomie der Genossen, natürlich unter Berücksichtigung des Mindestbetrages, außer Anwendung gesetzt werden kann (19).

-
- 17) Renaud, Die AG, S. 94. 18) Makower, HGB, § 179 III b.
- 19) Das englische Recht hat die Unteilbarkeit der Aktie durch das Institut der "conversion of shares into stock" umgeworfen. Obwohl die Aktie (share) unteilbar ist und nur als Ganzes übertragen werden kann, ist es gelungen, sie durch einen mittelbaren Weg zu teilen. Die Satzung kann bestimmen, daß die vollbezahlten Aktien sich jeden Moment in "stocks" umwandeln können. Der Aktionär bekommt eine Bestätigung seiner Beteiligung an dem Gesellschaftskapital. So bekommt er z. B. statt 10 Aktien zu 20 £ eine Bestätigung über 200 £. Der praktische Vorteil der "stocks" ist, daß sie unabhängig vom Wert in jedem Moment übertragen werden können. -
- Darüber: A. Curti, Manuel de droit civil et commercial anglais, II, S. 374.

1) Die Negoziabilität der Aktie

Dann stand man vor der Negoziabilität der Aktie, die die juristische Regelung der Aktiengesellschaften besser erklärt. So kommen manche Schriftsteller (20) und schlagen diese Negoziabilität als Kriterium der Aktie vor.

VAVASSEUR (21) sagt: "Der entscheidende Charakter der Aktie liegt in der Art der Übertragung des Titels. Ist der Titel zu einer handelsrechtlichen Negoziabilität geeignet, handelt es sich um eine Aktie. In dem entgegengesetzten Fall handelt es sich um eine Teilhaberschaft".

Diese Auffassung geht von der Voraussetzung aus, daß die Aktie und die Teilhaberschaft zugleich übertragbar sein können; darum sieht sie den einzigen Unterschied darin, daß die Teilhaberschaft nur nach den Übertragungsarten des Zivilrechts, nämlich durch Abtretung, Schenkung, Vererbung, übertragen werden kann, während die Aktie, als umlaufender Wert, durch die einfachen Übertragungsarten des Handelsrechts übertragen werden kann. Was also die Aktie charakterisiert, ist nach VAVASSEUR, nicht die Übertragbarkeit, sondern die Negoziabilität der Aktie an der Börse, durch Einigung und Übergabe des Papiers, wenn die Aktienurkunde auf den Inhaber lautet oder durch Indossament, wenn sie Namensaktien sind. Die Aktie ist negoziabel, und wer "negoziabel" sagt, versteht etwas mehr als "abretbar". Der neuen Praxis ist es gelungen, der Abtretung des Zivilrechts andere einfachere Übertragungstypen, zu dem Umlauf des Titels geeignet, gegenüberzustellen. Dieser Theorie nach kann jede Gesellschaft zwischen den Übertragungstypen des Zivilrechts und denen des Handelsrechts wählen. Zieht die Gesellschaft die ersten Typen vor, heißt ihr Gesellschaftsanteil Teilhaberschaft, bevorzugt die aber die zweiten, ist der Anteil Aktie. Ist es nicht das, was in der Tat zugleich die Kraft und die Schwäche der Aktiengesellschaften erklärt? Ihre Kraft, weil es die AG wegen des Absatzes der veräußerlichen Titel erreicht, viele große Kapitalien zu sammeln, die keine Grenze außer den Unternehmensbedürfnissen haben. Ihre Schwäche, weil die Spekulation in diesem erleichterten Kauf und Verkauf von Aktien immer ihre Nahrung gefunden hat. Nach LACOUR (22): "Keine Aktie kann bestehen, ohne negoziabel zu sein, oder genauer, ohne sich durch eine veräußerliche Urkunde, die das Gesellschaftsrecht verkörpert, darzustellen." War die Aktie betrachtet worden, größere Gefahren für die Nationalökonomie als die Teilhaberschaft zu beweisen, kam dies dabei heraus, einerseits wegen der Möglichkeit der Aktie von Hand zu Hand überzugehen und andererseits wegen der Spekulation,

(20) Vavas seur-Boistel, No. 219; Lacour et Bouteron, Bd. I, No. 397; Ripert, No. 1035; in Deutschland: Fischer, AG, S. 44.

(21) Vavas seur, *Traité théorique et pratique des sociétés par actions*, S. 7.

(22) Léon Lacour, *Précis*, No. 394.

die den Gegenstand des Börsenhandels ausmacht. Infolgedessen kann die Spekulation ihre wirkliche Gestaltung und Ausdehnung nicht anders erreichen, als durch die Börsengeschäfte, die notwendigerweise Börsenpapiere, veräußerliche Titel verlangen. Diese Gefahr gibt es nicht, wenn es sich um eine Teilhaberschaft handelbaren Übertragung die Formalitäten des Zivilrechts fordert."

Die Gewohnheit und, als ihre Folge die öffentliche Meinung, proklamieren es: die Aktie besteht nur unter einer Bedingung, daß sie den Vorteil hat, von Hand zu Hand ohne Verspätung, fast ohne Formalitäten, fast ohne Kosten, wie eine Ware übertragen werden zu können. Die Aktie den langsamen und bedachten Übergangstypen des Zivilrechts unterzuordnen, macht die Aktie zum Umlauf ungeeignet, d. h. wir würden den ihrer Natur einverleibten Charakter wegnehmen. Der Titel würde keine Aktie darstellen, falls er, obwohl er übertragbar ist, nach den Typen des Zivilrechts übertragen wird.

Diese empirische Auffassung, die die Natur des Rechtes dem Typus, der es darstellt, unterordnet, ist in einer Menge von Fällen beglaubigt. Die Allgemeinheit, die die Gewohnheit hat, nichts anderes als den Typus zu bemerken, gibt sich damit zufrieden. Aber diese Auffassung ist weder logisch noch rechtlich annehmbar.

Sie ist logisch nicht annehmbar, weil sie die wesentlichen Elemente der Aktie sucht in dem, was an ihr nur zufällig ist, und weil sie von einer praktischen auf eine juristische Notwendigkeit schließt. Es ist wahr, daß ein gewöhnlicher Typusunterschied oft einen Wesensunterschied anzeigt. Aber es ist richtiger, daß ein solcher Unterschied diesen Wesensunterschied nicht auch konstituieren kann. Zudem, wo ist bestimmt worden, daß die Aktie immer und in jedem Fall ein umlaufender Wert sein muß, und daß ihre Natur den Übertragungstypen des Zivilrechts entgegensteht? Gibt es nicht Gesellschaften, die ihre Aktien weit von der Spekulation und Börsengeschäften halten?

Diese Theorie ist rechtlich nicht annehmbar, weil sie behauptet, daß die Typen der schnellen Übertragung, wie das Indossament, oder die Übergabe des Titels nur bestimmten Arten von Rechten zustehen. Aber es ist nicht so. Die Übertragungsformen des Handelsrechts können gleichfalls für die Übertragung irgendeiner Natur Rechtes verwendet werden, wenn der es darstellende Titel Namens-, Order- oder Inhaberpapier ist.

Man fragt sich, ob es möglich sei, daß die Teilhaberschaft nagoziabel und die Aktie unnegoziabel sein könne. Dies ist möglich, ohne ihren wirklichen Charakter zu verlieren. In Frankreich ist es annehmbar, daß die Bestimmungen des Gesetzes über die Übertragung des handelsrechtlichen Pfandes auf die Pfändung der Teilhaberschaft angewendet werden können.

(Argument von Art. 91, 3 C. C.) (23). Auch das Indossament ist nicht die einzige Übertragungsmöglichkeit für die Namensaktien, weil hier, wie bei der unverbrief-ten Mitgliedschaft die Form der Abtretung genügt. Allerdings muß in diesem Fall die Übergabe der (nicht indossierten) Urkunde hinzukommen. Die Abtretung be-darf zu ihrer Gültigkeit auch hier nicht der Schriftlichkeit, noch viel weniger einer öffentlichen Beglaubigung, wenn letzere auch nach § 403 BGB seitens des Erwerbers verlangt werden kann (24). Wenn die Möglichkeit der Übertragung durch Indossament auch ausgeschlossen worden ist, mit anderen Worten, wenn die Aktie als Rekta-Papier ausgestaltet worden ist (25), bleibt als einzige Form der Über-tragung die Abtretung.

Der hauptsächliche Beweis gegen diese Auffassung ist aber der folgende. Wie wir schon gesehen haben, ist die Mitgliedschaft ganz unabhängig von der Ausgabe einer Urkunde und die Urkunde ist kein essentielles Element. Die Mitgliedschaft entsteht in dem Moment der Entstehung der AG. Von diesem Moment an entsteht die Mitgliedschaft und ihre Übertragbarkeit, nicht aber notwendigerweise auch die Negoziabilität der Aktie, weil die Negoziabilität die Ausgabe einer Urkunde voraussetzt. Die unverbriefte Mitgliedschaft ist übertragbar durch Abtretung (26), d. h. in den Übertragungsformen des Zivilrechts; trotzdem ist die unverbriefte Mitgliedschaft auch eine Aktie. In Frankreich gibt es Aktien, les actions d'apports, die nur nach einer Frist von zwei Jahren negoziabel sein können; trotzdem sind sie während dieser Frist Aktien. Umsonst wandte man ein, daß dieses gesetzliche Ver-bot nur vorübergehend ist. Denn man kann ein Institut nicht charakterisieren durch Kennzeichen, die ihm sogar während eines kleinen Zeitraums fehlen (27). Jede bürgerliche oder handelsrechtliche Gesellschaft, die ihren Gesellschaftern das Recht der Übertragung ihrer Gesellschaftsanteile zuerkennt, kann auch den Über-tragungstypus bestimmen; die Freiheit besteht sowohl in Beziehung auf den Typus wie auch auf das Wesen. Es kann bestimmt werden, daß die Aktienurkunden auf den Inhaber lauten und folglich wird die Übertragung durch Übergabe des Papiers geschehen; es kann bestimmt werden, daß die Aktienurkunden Order- oder Namens-

-
- 23) Der gesamte Anteil des Gesellschafters kann trotz seiner Unübertragbarkeit allerdings gepfändet werden (§ 859, 1 ZPO);
Enneccerus-Lehmann, 1958, S. 750; RG 57, 415; RG 67, 332. -
Wieland, HR, I, S. 660: "Ebensowenig ist der Anteil verpfändbar und pfändbar."
- 24) Nägele, Mitgliedschaftspapiere, S. 70/71.
- 25) J. v. Gierke, HR, S. 325, nimmt an, daß die Satzung die Indossierung nicht verbieten kann.
- 26) Lehmann, AG II, S. 31. Die Aktie kann Gegenstand des Kaufes, der Schen-kung, des Tausches, möglicherweise des Darlehens sein.
- 27) J. Escarra, Sociétés, No. 1005; Art. 3, 3^e loi 1867.

papiere sein werden und dann wird die Übertragung durch Indossament geschehen; falls die Gesellschafterrechte nicht in einer Urkunde verkörpert sind, wie es gewöhnlich in den Personalgesellschaften der Fall ist, gilt der Abtretungsvertrag. Wie kann man unter diesen Möglichkeiten die Elemente einer entscheidenden Begrenzung zwischen Aktie und Teilhaberschaft finden? Hat die Gewohnheit im allgemeinen der Aktie Inhaber- oder Namenspapierform zugeschrieben, geschah es, wie man annehmen will (28), nur mit der Absicht, die Übertragung zu erleichtern?

BEAUDANT (29) aber fragt, ob es eine leichtere Übertragungsart als die nur durch einfache Einwilligung geschehene Abtretung gebe.

Diese Übertragungsformen werden von der Satzung als obligatorisch erklärt, um die Art des Beweises in dieser Weise zu regulieren, daß sie in einer einfach bestätigten gleichartigen Formalität besteht. Die Aktienbriefe dienen nach COSACK (30) als Ausweis für die in ihnen beurkundeten Aktien. Folglich, wenn der Übertragungstypus des Rechtes nur eine Beweisbedeutung hat, kann er nicht zugleich Begriffsmerkmal sein. Der Inhaber- und Namenstypus stehen sehr gut der Aktie zu. Dieser Typus gibt der Aktie auch die Eigenschaft, eine Ware (31) zu sein. Dieser Typus aber ist für die Aktie weder eine notwendige noch eine spezielle Eigenschaft. Die Gesellschaften, die diese Übertragungsform verwenden, erleichtern mehr als jede andere die Spekulation; darum sind die Aktiengesellschaften in eine besondere gesetzliche Ordnung eingefügt, nicht weil ihr Kapital in gleiche Anteile zerlegt ist, sondern weil diese Aktien meistens gleichwertige Teile sind und durch negoziabile Titel dargestellt werden. Daraus aber, daß manche Gesetze auf die Aktien und Aktiengesellschaften angewendet werden, daß ihr Kapital in Teile, dargestellt durch veräußerliche Urkunden, zerlegt ist, folgert nicht, daß nur in diesen Fällen eine Aktie besteht.

Bezüglich der Negoziabilität der Aktien können wir das gleiche annehmen, was

28) z. B. Renaud, AG, S. 410;
Wieland, II AG, S. 41.

29) Beaudant, in *Revue de législation*, Bd. 34, 1869, S. 158.

30) Cosack, HR, S. 498; Renaud, AG, s. 105;
Lehmann I, S. 198.

31) Die Aktie, im Sinne der Aktienurkunde, ist eine Ware. Waren sind bewegliche körperliche Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sind oder nach der Anschauung des Verkehrs als Gegenstand des Warenumsatzes in Betracht kommen können; Staudinger, § 433 Anm. 16. Auch in der englischen Literatur ist die Wareneigenschaft der Aktie akzeptiert: "The shares are 'goods'. Shares transferable only by deed are 'things in action'". Magnus and Estrin, *Companies*, London 1957, S. 84.

vorher für die Gleichheit der Anteile ermittelt wurde. In der Negoziabilität liegt nichts von wesentlicher Bedeutung und a fortiori nichts, was das Kriterium der Aktie bilden könnte. Man könnte sagen, daß die Negoziabilität nur ein natürliches, ein gewöhnliches (32) Kennzeichen der Aktie und der AG ist, nicht aber ein wesentliches Merkmal.

e) Die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils

1. Allgemeines

In der französischen Jurisprudenz wird dieser Umstand als entscheidend für die Abgrenzung der Aktie von der Teilhaberschaft angesehen.

Trotzdem muß man dieses Element, wenn man es als ein richtiges Maß in der Praxis benutzen will, mit der Absicht der Parteien, die während der Gründung der Gesellschaft die überwiegende war, verbinden.

Eine Gesellschaft hat Gesellschaftsanteile, "Teilhaberschaften", wenn der *intuitus personae* bei ihrer Gründung in dieser Art herrscht, daß die Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile nicht existieren kann oder zumindest die Übertragbarkeit nur als Ausnahme existiert.

Eine Personalgesellschaft oder eine bürgerliche Gesellschaft liegt vor, wo die Gesellschafter, verbunden durch das gegenseitige Vertrauen und die Eintracht der gesellschaftlichen Interessen, - weil die Geschäftsführung grundsätzlich allen Teilhabern zusteht (Selbstorganschaft) (33), - die Gesellschafter grundsätzlich auf Leben und Tod verbunden sind, verpflichtet kraft Gesellschaftsvertrages, der durch ihre einstimmige Einwilligung abgeschlossen ist. Es gibt also eine enge Korrelation zwischen der Personalgesellschaft und der Unübertragbarkeit der Teilhaberschaft.

Eine Gesellschaft hat Gesellschaftsanteile, "Aktien", wenn das Nichtvorhandensein des *intuitus personae* die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils als natürlich erscheinen läßt. Dann liegt eine Kapitalgesellschaft vor, deren Kredit, unabhängig von der Persönlichkeit der Mitglieder, keine andere Basis außer dem Gesellschaftskapital hat. Begründet durch einseitige Akte der Mitglieder über ihren Beitritt zum Statut, die einander unbekannt sind und deren größerer Zahl die Geschäftsführung nicht zusteht, fordert die Kapitalgesellschaft nicht mehr logisch die Idee der Unübertragbarkeit der Gesellschaftsanteile. Darum sind in den außerhalb des *intuitus personae* begründeten Kapitalgesellschaften die Gesellschaftsanteile übertragbar, d. h. Aktien.

32) Renaud nimmt auch an, daß die Negoziabilität üblich, nicht aber wesentlich ist. Renaud, AG, S. 123.

33) Wieland, HR, I, S. 474.

"Teilhaberschaft" ist also der Gesellschaftsanteil, wenn die Anschauung der Person seitens der Parteien das entscheidende Element ihres Vertrages war. "Aktie" ist der Gesellschaftsanteil, wenn die Anschauung der Person dem Abschluß des Vertrages fremd blieb (34). WAHL sagt: "Die Teilhaberschaft ist Synonym des Rechtes in einer Personengesellschaft; die Aktie ist Synonym des Rechtes in einer Kapitalgesellschaft. Das ist allgemein gebilligt" (35).

Die Schwierigkeit aber entsteht dann, wenn wir die Umstände festsetzen wollen, die uns die Absicht der Gesellschafter zur Verbindung ihrer Persönlichkeiten oder ihrer Kapitalien aufzudecken erlauben. Das Charakteristikum, an das man sich grundsätzlich hält, ist die Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile.

Die Übertragbarkeit ist ein genügend breiter Ausdruck, um in seiner Generalität alle juristischen Arten zu umfassen, die den Übergang der Aktie von einer Person auf eine andere durch Veräußerung oder Vererbung behandeln. Die übertragbaren Titel formen eine synthetische Klasse, die aus zwei verschiedenen oft entgegengesetzten apropos der Aktie bestehenden Arten: den abtretbaren Titeln und den negoziablen Titeln. Im allgemeinen ist die Übertragbarkeit der abtretbaren Titel durch Beobachtung der Formalitäten der Abtretung vollkommen, während für die Übertragbarkeit der negoziablen Titel verschiedene Übertragungsarten, ihrer Natur nach, wie die Einigung und Übergabe des Papiers bei Inhaberpapieren oder das Indossament bei Order- oder Namenspapieren, erforderlich sind. Mit diesem allgemeinen Namen "Negoziable Titel" bezeichnet man diese drei Arten von übertragbaren Titeln.

Da aber die Negoziabilität, wie wir schon gesehen haben, nur ein natürliches Kennzeichen und kein Begriffsmerkmal der Aktie ist, ist auch sie als Kriterium der Aktie ausgeschlossen. Darum nimmt man jeden übertragbaren Gesellschaftsanteil als Aktie an. Infolgedessen ist es bedeutungsvoll zu bestimmen, was man unter den Ausdrücken "Unübertragbarkeit der Teilhaberschaft" und "Übertragbarkeit der Aktie" verstehen will. -

34) Beaudant, *Revue crit. de leg.*, 1869, Bd. 34, S. 403.

35) Wahl, *Sirey*, 1909, 1, S. 577, col. 2.

2. Bravard-Veyrières Theorie

Am Anfang ist die Übertragbarkeit von BRAVARD-VEYRIÈRES (36) in einer strengen und absoluten Weise begriffen worden.

"Das Wesen der Aktie, das, wodurch sie sich von der Teilhaberschaft unterscheidet, ist die Übertragbarkeit. Um zu erkennen, ob eine Aktie oder eine Teilhaberschaft vorliegt, müssen wir nur eine Sache versuchen, nämlich versuchen zu erfahren, ob das Recht übertragbar ist oder nicht, d. h. mit anderen Worten, ob es dingliche oder persönliche Beziehungen gibt. Überall wo die Übertragbarkeit existiert, gibt es eine Aktie; überall wo sie nicht existiert, gibt es nichts anderes als eine Teilhaberschaft. Darum ist die Übertragbarkeit das einzige und wirkliche Unterscheidungsmerkmal von Aktie und Teilhaberschaft." Ist es nicht so, daß die Gesetzgebungen diese Übertragbarkeit organisieren und die besonderen Übertragungsarten bestimmen? Ist nicht diese Zirkulabilität (37) der Aktie der Ursprung der Gesetze, die die Aktie einem besonderen Status unterwerfen? Ist es nicht das, was die Gewohnheit der Aushändigung einer Urkunde an jeden Gesellschafter rechtfertigt, durch deren Übertragung er seine Stelle einem anderen überläßt? In einer Personalgesellschaft sind Gesellschafter und Gesellschaftsanteile in dem Gesellschaftsvertrag gebunden. Kein Wechsel ist möglich, ohne daß der Gesellschaftsvertrag geändert wird. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters erfolgt durch Abschluß eines Aufnahmevertrages zwischen dem Eintretenden und den bisherigen Gesellschaftern. Partei dieses Vertrages ist also nicht die Gesellschaft, sondern der Gesellschafter. Vom Standpunkt der Personalgesellschaft aus gesehen, bedeutet der Aufnahmevertrag zugleich eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages (38). Darum ist dies zur Eintragung in das Handelsregister anzu-melden (39). Obwohl die Identität der Gesellschaft nicht berührt wird, hat trotzdem eine Änderung der Rechtszuständigkeit stattgefunden. Dagegen ist in einer Kapitalgesellschaft der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, bevor die Aktionäre verpflichtet sind, und er kann nicht von einem Wechsel der Mitglieder berührt werden. Die Aktie ist übertragbar, ohne zu ihrer Übertragbarkeit einer Satzungsänderung oder einer Eintragung ins Handelsregister zu bedürfen. Hat man sie einmal in Umlauf gesetzt, wird sie sofort zu einem Gegenstand von Übertragungen, die sich außerhalb der Gesellschaft vollziehen; die Aktien sind bewegliche Werte,

36) Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité*, I, No. 375, S. 261;

Troplong, *Sociétés*, Bd. I, No. 128;

Molinier, *Traité de droit commercial*, No. 512;

Rivière, *Commentaire de la loi*, vom 24.7.1867, S. 206.

37) Demante, *Principes de l'enregistrement*, Bd. I, S. 481, No. 510.

38) Auch Hueck, *Das Recht der OHG*, S. 221.

39) Auch nach deutschem Recht, § 107 HGB.

die der Hausse und Baisse der Spekulation unterliegen. In einer Kommanditgesellschaft, wo die Gesellschaftsanteile der Kommanditisten einerseits in der einfachen KG "Teilhaberschaften", andererseits in der KG auf Aktien "Aktien" sind, ist die Übertragbarkeit das entscheidende Kennzeichen. Nachdem das Gesetz zwei Typen, die unübertragbare Teilhaberschaft und die übertragbare Aktie geschaffen hat, sagt es den Gesellschaftern einer Kommanditgesellschaft: "Sie können wählen und ich verlange nur dies von Ihnen, was sie auch beabsichtigen zu machen. Schweigen Sie, werde ich die gewöhnlichen Bestimmungen über die Gesellschaft anwenden und ich werde vermuten, daß ein quodam jus fraternitatis und folglich ein intuitus personae vorhanden ist. Aber diese Vermutung fällt, wenn sie erklären, eine KG auf Aktien bilden zu wollen." Deshalb ist die Übertragbarkeit die Abgrenzungslinie zwischen Aktie und Teilhaberschaft (40).

Die Unterscheidung hat recht, wenn sie die Übertragbarkeit mit der Aktie verknüpft; sie hat auch den Vorteil, daß es den Gegensatz zwischen dinglichen Beziehungen (übertragbares Recht) und persönlichen Beziehungen (unübertragbares Recht) offenbar macht. Aber ihre schwache Seite ist seine Entfernung und Verkenntung der Wirklichkeit. Sie will das Kriterium der Aktie und der Teilhaberschaft in "einem geometrischen Unterschied, sichtbar mit bloßem Auge (41)" gestellt worden sein. Aber zwischen den übertragbaren und unübertragbaren Anteilen gibt es keinen so klar geometrischen Unterschied. Ohne Zweifel können sowohl die Unübertragbarkeit der Teilhaberschaft wie auch die Übertragbarkeit der Aktie beschränkt werden. Infolgedessen trennen diese zwei Arten von Gesellschaftsanteilen sich nicht durch eine unüberbrückbare Entfernung, sondern sie können sich nach einem Maß nähern. Nach wem? -

3. Die Unübertragbarkeit der Teilhaberschaft

Die absolute Unübertragbarkeit bildete eine Regel der Logik dem ursprünglichen Begriff des Vertrages der Gesellschaft gemäß, dem intuitus personae, begründet zwischen Menschen, die durch gegenseitiges Vertrauen gebunden waren, sowohl in Rom als auch in dem älteren Recht und in den ursprünglichen auf dem Boden der Familie stehenden Gesamthandsverbänden. So entstammt die Gesellschaft letztlich der fraternitas. Die gesellschaftlichen Beziehungen sammelten sich zwischen den ursprünglichen Gesellschaftern, ohne sich über andere Menschen ausdehnen zu können, weil jeder Teilhaberwechsel das Gesellschaftsverhältnis zum Erlöschen bringen konnte. Dies war die primitive Gesellschaft. So war wenigstens ursprünglich eine Übertragung des Gesellschaftsanteils ausgeschlossen.

40) Bravard-Veyrières, a. a. O., No. 375;
Batbie, Revue de législation, Bd. 34, 1869, S. 333.

41) Batbie, Revue de législation, S. 403.

Aber ein so absoluter Grundsatz konnte nicht lange bestehen, ohne die Entwicklung der Gesellschaft zu behindern. Bald ist dieser Grundsatz anscheinend durchbrochen worden, indem man die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an Dritte gestattete. Obwohl das Ansehen der Person nach dem bürgerlichen Recht auch heute Kennzeichen des Gesellschaftsvertrages ist, hat man trotzdem die Unübertragbarkeit nicht in ihrer starken Ausprägung bewahrt. Ohne Zweifel ist auch heute in der OHG, KG oder in der bürgerlichen Gesellschaft der Gesellschaftsanteil grundsätzlich unübertragbar (42). Trotzdem sind die Vorschriften, die die Unübertragbarkeit bestimmen herrschender Lehre nach sowohl in Deutschland (§§ 717, 719 BGB) als auch in Frankreich (Art. 1861 Code Civil) und anderen Ländern nur dispositiver Natur und daher kann die Übertragbarkeit durch Vereinbarung der Gesellschafter gestattet werden.

Die Frage der Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils wird nach deutschem Recht vielfach an Hand dieser Vorschriften geprüft. Man sieht sie bald in § 717, bald in § 719 I BGB, bald in beiden Vorschriften geregelt, die an die Stelle des Artikels 98 des ADHGB getreten seien (43).

Nach weit verbreiteter Ansicht (44) hat die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils ihre Regelung in § 717 BGB gefunden. Durch diese Vorschrift solle verhindert werden, daß ein einzelner Gesellschafter ohne die Einwilligung der übrigen einen Dritten aufnehme, oder seinen Anteil an einen Dritten abtrete. Hat danach die Vorschrift die Übertragbarkeit der ganzen Mitgliedschaft im Auge, so wird andererseits anerkannt, daß sie sich nur auf die dem Gesellschafter zustehenden einzelnen Ansprüche beziehe, aus ihr aber der Schluß gezogen, daß ein Gesellschafter, wie er die ihm zustehenden einzelnen Ansprüche nicht übertragen könne, auch die gesamte Teilhaberschaft, die Summe dieser Ansprüche, nicht übertragen könne (45).

Eine entgegen der Vorschrift erfolgte Übertragung wird einerseits für nichtig gehalten, (46) sei es, weil sie ein absolutes Veräußerungsverbot enthalte § 134 BGB (47), oder gemäß § 399 BGB (48) bzw., weil die Gesellschaft als Vertrauensver-

42) Unübertragbar ist immer der Gesellschaftsanteil des Komplementärs in einer KGaA. Sein Anteil ist immer Teilhaberschaft. Thaller, Traité, No. 462.

43) Vgl. Hagemann, a.a.O., S. 62

44) Flechtheim, Düringer-Hachenburg II, 2, S. 729 Anm. 5 zu § 130 HGB; Planck, A 1 z. § 717, S. 1291.

45) Hueck, Z.f.HR, 83/17 f.

46) Silberschmidt, Z. Bl. f. HR, 1932/114.

47) Brand, HGB, S. 315.

48) Knocke, Fischers Abh. VII. 3. Heft.

hältnis eine Übertragbarkeit nicht gestatte (49). Dementsprechend wird der Vorschrift zwingender Charakter beigelegt.

Nach herrschender Lehre (50) bezweckt die Vorschrift jedoch nur den Schutz bestimmter Personen, nämlich der Gesellschafter. Es handelt sich daher bei ihr nicht um ein absolutes, sondern um ein relatives Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB, eine erfolgte Übertragung kann daher durch die Genehmigung der übrigen Gesellschafter geheilt werden. Dementsprechend wird der Vorschrift auch nicht zwingender Charakter beigelegt, vielmehr ihre dispositive Natur behauptet, so daß der Gesellschaftsvertrag die Übertragbarkeit der Teilhaberschaft vorsehen könne.

Wie an Hand des § 717 BGB, wird die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils auch an Hand des § 719 I BGB, soweit er sich mit dem Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen befaßt, geprüft.

Wie bezüglich auf den § 717 BGB, so hat man auch bezüglich auf den § 719 Abs. 1 BGB angenommen, daß diese Vorschrift nur ein zum Schutz der übrigen Gesellschafter bestimmtes Veräußerungsverbot, deshalb dispositiver Natur sei und daß daher durch Vereinbarung der Gesellschafter die Übertragbarkeit des Anteils am Gesellschaftsvermögen gestattet werden könne.

So wird die dispositive Natur der Vorschrift bejaht von O. v. Gierke (51), J. v. Gierke (52), Siber (53), v. Tuhr (54) vom Kommentar der Reichsgerichtsräte (55) und Warneyer (56). So kommt Julius von GIERKE (57) von der dispositiven Natur des § 719 bezüglich des Anteils am Gesellschaftsvermögen ausgehend, zu dem Ergebnis, daß der Gesellschaftsvertrag die Übertragung der Teilhaberschaft gestatten könne. Ebenso kann nach WIELAND (58) über den Anteil am Vermögensganzen verfügt werden. Die Verfügung über den Anteil ist gleichzeitig Verfügung über die

49) Pinner, Staub I, S. 659 A. 17 a für die OHG.

50) Oertmann, II 2, S. 1153 A. 4 z. § 717;

Neufeld-Schwarz, HGB, I, S. 302;

Makower, S. 277;

Hueck, Die OHG, S. 223;

Planck, A. 3 zu § 717, S. 1291.

51) D. PrR I/64, III, S. 859.

52) HR, § 33, S. 202.

53) Grundriß des Schuldrechts, S. 396.

54) Der Allgemeine Teil d.b.R., I/360

55) A. 2 z. § 719.

56) Kommentar zum BGB, S. 1269.

57) a.a.O.

58) HR, I, S. 611.

Rechte aus dem Gesellschaftsvertrage, zugleich aber auch Übertragung der mit dem Anteil verknüpften Pflichten, da innerhalb der Gesellschaft Rechte und Pflichten untrennbar verbunden sind. Daß der Übertragung des Anteils die Teilhaberschaft folge, nimmt PISKO (59) an. Nach GEILER (60) kann die Verfügung über den Anteil generell zugelassen werden. In diesem Falle könne der Gesellschafter seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und damit seine Teilhaberschaft auf einen anderen übertragen. Der Rechtsnachfolger erhalte die Rechtsstellung des Vorgängers. Ebenso kann nach dem Kommentar der Reichsgerichtsräte (61) die Mitgliedschaft durch den Gesellschaftsvertrag für übertragbar erklärt werden und damit der mit ihr untrennbar verbundene, ihre sachliche Grundlage bildende Anteil am Gesellschaftsvermögen. Ähnlich ist nach HUECK (62) die Übertragung des Anteils am Gesellschaftsvermögen selbst unmöglich. § 719 sei insoweit zwingender Natur. Wohl aber sei § 717 BGB, der nach ihm die Übertragbarkeit der Teilhaberschaft zum Gegenstand hat, dispositiver Natur. Die Teilhaberschaft könne daher übertragbar gemacht werden, und damit auch der Anteil am Gesellschaftsvermögen.

In Wahrheit handelt es sich hier um dasselbe Grundproblem, nämlich ob die Personalgesellschaft, besonders die OHG und die KG, als streng persönliches Vertrauensverhältnis unter den Gesellschaftern einen Teilhaberwechsel gestatte.

Gerade bei der OHG und der KG ist dieses Vertrauensverhältnis stark ausgeprägt. Die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils muß daher wegen der höchstpersönlichen Natur des Gesellschaftsverhältnisses unmöglich sein. Mit Recht wird daher aus diesem Grund die Möglichkeit einseitiger Übertragung des Gesellschaftsanteils allgemein abgelehnt.

Fraglich erscheint nur, ob wegen dieser besonderen Natur des Gesellschaftsverhältnisses die Übertragung des Gesellschaftsanteils überhaupt unmöglich ist, oder ob sie mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter erfolgen kann.

Eine weit verbreitete Ansicht hält die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils mit Rücksicht auf die besondere Natur des Gesellschaftsverhältnisses überhaupt für unmöglich (63).

59) Das kaufmännische Unternehmen, S. 243.

60) Staudinger, II 2, S. 1353 VI 2 § 736.

61) A. 2 z. § 719, S. 382

62) Hueck, Das Recht der OHG, S. 121, 223; ZHR 83/24.

63) So Knocke, Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB, S. 132.

Dagegen hält die herrschende Lehre (64) und Praxis (65) eine Übertragung der Teilhaberschaft mit Einwilligung der übrigen Gesellschafter für zulässig. Mit Recht. Wenn auch die höchstpersönliche Natur des Gesellschaftsverhältnisses eine beliebige Übertragung des Gesellschaftsanteils an Dritte nicht gestattet, so entfallen die Gründe des gegenseitigen Vertrauens, wenn die übrigen Gesellschafter mit der Übertragung des Gesellschaftsanteils einverstanden sind, und damit zu erkennen geben, daß sie auch dem Dritten ihr Vertrauen entgegenbringen.

Die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils kann bereits im Gesellschaftsvertrage vorgesehen werden. Das ist, soweit es sich bei dem Zedenten um eine bestimmte Person handelt, durchaus herrschende Lehre (66).

Sehr streitig ist aber, sowohl in der deutschen als auch in der französischen Doktrin, ob im Falle einer vorherigen Vereinbarung der Übertragbarkeit der Teilhaberschaft der Dritte, auf den sie übergehen soll, bestimmt, zumindest aber bestimmbar sein muß, oder ob die Übertragbarkeit allgemein zugelassen werden kann. Auf der einen Seite verlangt PINNER (67), daß sich die Vereinbarung auf eine bestimmte oder mindestens bestimmbare Person beziehe. Sie sei nur insoweit zulässig, als dadurch dem Begriff der Gesellschaft nicht widersprochen werde. Die OHG und die KG seien Personenvereinigungen zwischen bestimmten Personen, die genügend Vertrauen zueinander hätten, um eine Gesellschaft miteinander einzugehen. Es könne deshalb einem Gesellschafter vertragsmäßig nicht zugemutet werden, sich zu verpflichten, mit ganz unbestimmten Personen das Vertragsverhältnis fortzusetzen. Ein Gesellschaftsvertrag mit unbestimmten Personen, bzw. die Verpflichtung der anderen Gesellschafter, ganz andere Personen aufzunehmen, sei begrifflich ein Unding. Ähnlich müssen nach NEUFELD-SCHWAB (68) und SOERGEL (69) die Personen bestimmt oder bestimmbar sein. Dagegen kann nach der herrschenden Lehre die Übertragbarkeitsklausel sich auch auf unbe-

64) Enneccerus-Lehmann, § 177 III, 2, S. 740;

Krückman, Jh. J. 74/71;

Oertmann, Kommentar, S. 1153, A. 4 z. § 717;

Makower, Kommentar, S. 277;

Siber, Schuldrecht, S. 399;

Neufeld-Schwarz, HGB, I, S. 302.

65) RG JW 1919/933. LZ 1921/617; RGZ 92/398.

66) O. v. Gierke, D.Pr.R III, S. 858;

J. v. Gierke, § 33, S. 206;

Müller-Erzbach, HR, S. 187;

Wieland, HR, I, S. 659;

Enneccerus-Lehmann, § 177 III, 2, S. 740.

67) Staub I, S. 660, A. 19 z. § 109.

68) HGB, S. 303 ff.

69) BGB, S. 1075.

stimmte Personen beziehen, und deshalb kann der Gesellschaftsvertrag die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils an jeden beliebigen Dritten vorsehen.

So wendet sich J. v. GIERKE (70) gegen die Auffassung Pinner's. Nach GOLDMANN (71) muß auch eine im Gesellschaftsvertrag im voraus allgemein erteilte Zustimmung der Gesellschafter zu einer Abtretung wirksam sein. Die Einschränkung entbehre jeder Begründung und könne nicht gebilligt werden. Für die uneingeschränkte Übertragbarkeit sprechen sich ferner Müller-Erbach (72), Geiler (73), Warneyer (74), Brand (75), Wieland (76), Pisko (77), R. Heinsheimer (78), Hagemann (79), aus.

In Frankreich sind die Vorschriften, die die Unübertragbarkeit des Gesellschaftsanteils bestimmen, dispositiver Natur. Das ist durchaus herrschende Lehre (80).

Streitig ist aber die Frage, inwieweit die im Gesellschaftsvertrag vorhandene Vereinbarung, die den Gesellschaftern die unbeschränkte Übertragbarkeit der Teilhaberschaft gestattet, zulässig ist. Hier prüft man die Unübertragbarkeit der Teilhaberschaft in bezug auf die Übertragbarkeit der Aktie. Fraissaingea, Beaudant, Lyon-Caen, Renault, Pardessus, Arthuys, nehmen die unbeschränkte a priori Übertragbarkeit an (81). Vor allem aber behaupten LYON-CAEN und RENAULT (82), daß in diesem Fall keine tatsächliche OHG vorliege, sondern eine Aktiengesellschaft, deren Mitglieder unbeschränkt mit ihrem Vermögen verpflichtet wären.

70) HR, S. 206.

71) Das HGB, S. 489.

72) HR, S. 187

73) Staudinger II, S. 1353.

74) a.a.O., § 719, 1, S. 1269.

75) HGB, S. 136.

76) HR, S. 660.

77) Unternehmen, S. 195 ff.

78) Über die Teilhaberschaft, S. 64.

79) a.a.O., S. 64.

80) Beaudant, *Revue de législation*, S. 149;

Houpin-Bosvieux, Bd. I, No. 266;

Fraissaingea, *Annales de droit commercial*, Bd. 28, S. 24;

Lyon-Caen et Renault, Bd. II, No. 270;

Thaller et Pic, Bd. I, No. 363;

Ripert, No. 671; Escarra, I, No. 259;

Pardessus, *Droit commercial*, No. 973;

Arthuys, I, Nos. 219 - 20.

81) a.a.O., N. 80.

82) *Traité*, III, No. 679, S. 5

Daß eine solche Gesellschaft vorhanden sein könne, ist nicht unmöglich, wie die englischen "companies unlimited by shares" zeigen. Im Gegensatz zu dieser Auffassung gehen Ripert, Thaller et Pic, Escarra, davon aus, daß "die Ordnung der Gesellschaftsanteile geändert würde, wenn die freie Übertragbarkeit der Teilhaberschaften zulässig wäre. Es handelte sich folglich um unregelmäßige Aktien, deren Ausgabe und Veräußerlichkeit von der Novelle von 1869 geregelt würden" (83). Den gleichen Standpunkt vertritt BEHREND (84) mit der Begründung, daß die Gesellschaftsform, zu der man sonst komme, nicht mehr die OHG sondern die AG mit unbeschränkter Haftbarkeit sei.

Unabhängig von diesem kurzen Blick auf die verschiedenen juristischen Begründungen und die Zulässigkeit der freien Übertragbarkeit der Teilhaberschaft, ist die Tatsache, daß die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils einer Personalgesellschaft trotz seines höchstpersönlichen Charakters und folglich seiner natürlichen Unübertragbarkeit im allgemeinen möglich ist. -

4. Die Übertragbarkeit der Aktie

Diese ist besonders für die großen Unternehmungen erforderlich, die gleichzeitig große Kapitalien und eine lange Dauer brauchen. Vom juristischen Standpunkt müssen die Aktionäre die juristische Fähigkeit haben, von dem gesellschaftlichen Band sich befreien zu können. Es gäbe keinen Grund, sie in infinitum mit einer Gesellschaft zu verbinden, deren Entstehung unabhängig von der Persönlichkeit der Aktionäre oft die Grenze des menschlichen Lebens überdauert. Vom wirtschaftlichen Standpunkt besteht ein Vorteil der Aktie gerade in dieser Fähigkeit des Aktionärs, sich von der Gesellschaft zurückzuziehen, ohne gezwungen zu sein, mit ihrem Schicksal bis zu ihrer Auflösung verbunden zu bleiben. Die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils begünstigt nicht nur die Aktionäre sondern auch die Gesellschaft, weil die Perspektive der freien Übertragbarkeit viele Zeichner und ungeheure Kapitalien in der Gesellschaft zusammenzieht. Hat die Aktie die Eigenschaft, die kleinen Kapitalien zu vereinigen und sie in eine produktive Kraft umzuwandeln, so entwickelt sich das ohne Zweifel aus der Beschränkung des Risikos, aber besonders deshalb, weil die Aktie die Kapitalisten nicht zum Verzicht auf ihre Unabhängigkeit zwingt. Die Aktie hat eine doppelte wirtschaftliche Rolle; einerseits sichert sie die Fortsetzung des Gesellschaftskapitals und des Lebens der Gesellschaft und andererseits respektiert sie zugleich die Freiheit und noch mehr, falls die Aktie auf den Inhaber lautet, die Anonymität ihres Trägers.

83) Escarra, I, No. 259; Ripert, No. 675;
Thaller et Pic, Bd. II, No. 695.

84) Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 479 A. 16.

Da die Aktie von dem *intuitus personae* ausgeschlossen ist, ist ihre Übertragbarkeit gewöhnlich absolut und vorbehaltlos. Es gibt aber Fälle, wo sie Beschränkungen duldet, um die Bedürfnisse der Praxis zu berücksichtigen, oder "die Schicklichkeit jeder Gesellschaft, deren sie Richter ist, zu befriedigen" (85).

So hat man dem freien Umlauf der Titel Schranken gesetzt. Dies ist natürlich, Man wollte die Plazierung von Aktien, sowohl in den Familiengesellschaften als auch in denjenigen Unternehmungen, deren Geschäftsleitung nur einer Person zusteht, beschränken und kontrollieren (86).

Außerhalb aber dieser Ausnahmefälle kann die Persönlichkeit der Mitglieder einer Gesellschaft, wie sie auch entstanden sei, ihr nicht gleichgültig sein. Es gibt Menschen, deren feindlicher oder unruhiger Geist der Grund für Regelwidrigkeiten in ihrem Verband werden kann und andere, noch unerwünschtere, die COTELLE (87) "*speculateurs en nullité de sociétés*" genannt hat.

Die Gefahr ist noch weniger imaginär, weil die Interessen der Aktiengesellschaften und die Interessen der Aktionäre nicht notwendigerweise zusammentreffen und sich sehr oft in voller Antinomie befinden (88). Die Erfahrung zeigt, daß sich zwischen die Mitglieder einer Gesellschaft häufig Aktionäre einschleichen, die bald Konkurrenten der Gesellschaft aus eigenem Interesse sind, bald Vertreter einer anderen Wettbewerbsgesellschaft, deren einzige Absicht ist, einen Einfluß auf die gesellschaftlichen Angelegenheiten zu erwerben und dadurch Schwierigkeiten entstehen zu lassen (89). Deshalb versucht man, obwohl die Aktiengesellschaften nicht *intuitu personae* gegründet worden sind, in den *intuitus personae* der Personalgesellschaften einzutreten. Deshalb kontrolliert man die Übertragung der Gesellschaftsanteile, sowohl die unter Lebenden als auch die wegen Todesfall freiwerdenden. Man trifft die Einschränkungsklausel auch in den Ländern,

85) Req., 14. Mai 1895, D. 1895, 1, 467, v. p. 470, col. 2.

86) M. Escarra, Ann. dr. com., 1911, S. 335 - 37.

87) Bericht des Ratsverwandten Cotelle, Req. 14.5.1895, D.D. 1895, 1, S. 469, col. 1.

88) Ripert schreibt über die Stellung des Aktionärs in der Gesellschaft: "*Les actionnaires ne sont pas les maîtres de la société! Ils ne tiennent pas à l'être. Ils se considèrent seulement comme ses créanciers, dociles ou furieux, suivant la marche des affaires sociales: des moutons ou des tigres, dit irrévérencieusement un auteur belge, mais toujours des bêtes. Disons plus poliment des indifférents, des passants.*" (Aspects juridiques du capitalisme moderne, No. 45).

89) Darüber Thaller, Du droit de préemption (Annales de droit commercial, 1903, S. 303); Fraissina, Les pouvoirs des assemblées générales des sociétés anonymes (Rec. de l'Académie de législation de Toulouse, 1902, S. 115 - 117).

wo keine gesetzliche Vorschrift existiert und so oft, daß man sie eine merkwürdige Praxis nennen könnte.

Also obwohl sich die Aktie vom Ausgangspunkt als übertragbar und die Teilhaberschaft als unübertragbar gegenüberstehen, kann der Unterschied zwischen beiden wegen der Einschränkung der absoluten Unübertragbarkeit der Teilhaberschaft und der absoluten Übertragbarkeit der Aktie geringer werden. In der lebendigen Wirklichkeit kann jeder Gesellschaftsanteil unter besonderen Bedingungen, die jedem Anteil zustehen, übertragen werden. Wenn eine Personalgesellschaft ihren Teilhabern das Recht zuerkennt, ihre Gesellschaftsanteile zu übertragen, gestattet sie es nur unter gewissen Bedingungen des Gesellschaftsvertrages; wenn eine Kapitalgesellschaft die Übertragbarkeit der Aktie beschränkt, verwirklicht sie diese Absicht auch unter Bedingungen ihrer Satzung. Will eine Gesellschaft ihre Mitglieder kennen, so ist es notwendig die auf Inhaber lautenden Titel auszuschließen, weil dieser Typus unvereinbar mit dem *intuitus personae* der Personalgesellschaft ist und sich für die Kapitalgesellschaft noch weniger eignet, denen die Persönlichkeit der Mitglieder nicht gleichgültig ist. Um die Absicht, ihre Beziehungen mit ihnen fortdauernd zu bewahren, zu verwirklichen, genügt eine Satzungsklausel, die nur die Namensaktien erlauben würde (90).

90) Thaller, *Annales de droit commercial*, 1903, S. 303.

In Griechenland gilt heute nicht mehr das Notgesetz Nr. 1527 vom 29. 10. 1950 "Über die Umwandlung der Inhaberaktien von inländischen Aktiengesellschaften in Namensaktien". Zweck dieses Gesetzes war aber ausschließlich ein steuerlicher, d. h. den durch die Zulassung der nicht kontrollierbaren Inhaberaktien verursachten Entgang an Erbschafts-, Schenkungs- und Einkommensteuern zu unterbinden (Darüber Deloukas, in ZHR 115/172. Vgl. J. v. Gierke, HR, § 40, S. 267). Dieses Gesetz ist von der Notverordnung Nr. 3330 vom 21.8.1955 "Über die Aufhebung der Nominalisierung der Aktien von inländischen Aktiengesellschaften" aufgehoben worden. Der Einführungsdarstellung gemäß, hat diese Nominalisierung der Aktien sowohl die Nationalökonomie als auch das Institut der AG geschädigt. Erstens hat sie die Börsengeschäfte über die Aktien herabgesetzt. Während der Wert dieser Börsengeschäfte im Jahre 1950, 224 mil. drach. waren, sank er wegen dieser Nominalisierung der Aktien im Jahre 1951 auf 105 mil. dr. und im Jahre 1952 auf 84 mil. dr. herab. Zweitens hat die Nominalisierung die Zahl der neugegründeten Aktiengesellschaften vermindert. So sind im Jahre 1949 98 AGen und im Jahre 1950 87 AGen gegründet worden, dagegen nach der Nominalisierung im Jahre 1952 nur 37 Aktiengesellschaften und im Jahre 1953 nur 40 Aktiengesellschaften.

Außerdem ist es ungerechtfertigt, daß die Teilhaberschaft und die Aktie ohne die mehr oder weniger strenge Intervention der Gesellschaft nicht übertragen werden kann.

Sehr oft ist ein Vorkaufsrecht (91) festgesetzt, das es erlaubt, einen neuen Gesellschafter zu entfernen, wenn die bisherigen Gesellschafter es vorziehen, die Gesellschaftsanteile, die Aktien, unter den Bestimmungen der Satzung über den Preis oder die Frist zu übernehmen. Die Aktie kann Gegenstand eines Vorkaufsrechts sein, weil Gegenstand eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts alles das sein kann, was überhaupt den Gegenstand eines Kaufs zu bilden vermag (92).

Der Hauptfall ist aber, daß die Gesellschaft sich ein Rechts-Veto vorbehält und für die Annahme eines neuen Gesellschafters die Zustimmung der Gesellschaft fordert, entweder durch Einstimmigkeit oder Mehrstimmigkeit in den Personalgesellschaften oder durch die Einwilligung der Vertretungsorgane, d. h. des Vorstandes oder der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats in den Kapitalgesellschaften. Für die letzteren, in denen die Übertragbarkeit der Aktie ein wesentliches Merkmal ist, scheint das Ergebnis dieser Beschränkungsklausel keine wirkliche Unübertragbarkeit zu schaffen. Zwar bringt das Vorkaufsrecht die Aktie nicht in die Gefahr, weil es die Übertragung der Aktie nicht der von dem Zedenten bezeichneten Person sondern dem Vorkaufspflichtigen gestattet. Nach der richtigen Bemerkung THALLERS (93) "Der Aktionär ist nicht seinem Titel angeschmiedet; er befindet sich nicht auf Diskretion des gesellschaftlichen Sitzes." Dennoch darf das Vorkaufsrecht nicht zu einem lächerlichen Preis geltend gemacht werden. In einem solchen Fall würde die Übertragbarkeit der Aktie nur eine Lockung sein, wenn der Aktionär nichts anderes wählen könnte, als nur zwischen "Prison" und "Spoliation" (94).

Das Vetorecht ist für den Aktionär bedenklicher. Es ist möglich, daß der Aktionär "Gefangener seines Titels" wird, falls er die Annahme der von ihm neuvorgestell-

-
- 91) Lehmann, AG, II, S. 30. Über statutarische Vorkaufsrechte:
A. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe, 38, No.42.
 - 92) Staudinger, Kommentar zum BGB, § 504;
Lehmann, AG, II, S. 56: "Das Aktienrecht kann Gegenstand eines gewöhnlichen Kaufes oder eines besonders gearteten Kaufes sein."
 - 93) Thaller, Annales de droit commercial, 1903, S. 345.
 - 94) Hamel-Lagarde, Traité S. 642. Die Jurisprudenz hat sich sehr bemüht, die Aktionäre, die ihre Aktien übertragen wollen, vor dieser Spoliation zu schützen.

ten Titelträger nicht durchsetzt (95). Diese Schwierigkeit würde im Falle der Übertragung der Aktien von Todes wegen fast unauflöslich sein, weil es eine Unmöglichkeit für den Verstorbenen wäre, einen anderen Erben oder Legatär zur Annahme vorzuschlagen. Darum kann die Satzung die Vererbung weder ausschließen noch beschränken. Die einzig mögliche Beschränkung ist hier nur ein Vorkaufsrecht. Heute ist in betreff auf die Übertragungen unter Lebenden das einfache Vetorecht zulässig, wenngleich das Gesetz es nicht bestimmt, wie es nach dem deutschen Recht bei Namensaktien der Fall ist. Man nimmt an, daß es nur dann zulässig ist, wenn seine Ausübung in der Satzung vorgesehen ist und in einer gewissen Frist, deren Dauer in der Satzung auch bestimmt ist, geltend gemacht wird.

Streitig ist aber die Frage, ob die Beschränkungsklausel die Übertragbarkeit der Aktie nicht nur beschränken sondern ausschließen könne.

Die herrschende Meinung, sowohl in Deutschland wie auch in anderen Ländern, nimmt an, daß nur schuldrechtliche Einschränkungen unter Lebenden möglich sind, weil die Aktie von Haus aus übertragbar ist. So Renaud (96), Behrend (97), Fischer (98), J. v. Gierke (99) (Deutschland) (100). Hämmerle (101) (Österreich), Mossa (102), Martinenghi (103) (Italien), Hamel-Lagarde (104), Escarra (105), Julliot-Morandiére (106) (Frankreich), Anastasiadis (107), Petimejas (108) (Griechenland), Ryn (109) (Belgien), Alix (110) (Brasilien).

95) Thaller, *Annales de droit commercial*, 1903, S. 345; *Traité*, No. 452.

96) Renaud, *Das Recht der AGen*, S. 404.

97) Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, S. 697.

98) Fischer, *AG*, in *Ehrenbergs Buch.*, S. 144.

99) J. v. Gierke, *HR*, S. 325.

100) Dagegen: Lehmann, *AG*, I, S. 196; Staub, *Kommentar*, § 224 Anm. 4; Lehmann-Ring, § 322 No. 4; Wieland, *HR*, II, S. 43.

101) Hämmerle, *HR*, S. 598.

102) Mossa, *Trattato*, S. 325.

103) Martinenghi, *Manuale delle società azionarie*, S. 93

Die Beschränkungsklausel ist nicht wesentlich für die Übertragung der Aktie
 "Il rifiuto della approvazione non produce la definitiva inefficacia inter partes del negocio translativo." (Cassazione, Sez. I, 8.6.1954, im *Tem* 325).

104) Hamel-Lagarde, *Traité de droit commercial*, S. 651.

105) Escarra, *Sociétés*, III, S. 17.

106) Julliot-Morandiére, No. 575.

107) Anastasiadis, *HR*, § 110 Anm. 6.

108) Petimejas, *HR*, S. 135.

109) Van Ryn, *Principes de droit commercial*, S. 213.

110) Alix, *Sociétés anonymes au Brésil*, S. 59.

Diese Beschränkungsklausel ist nur bei Namensaktien möglich, weil die Natur der Inhaberaktien eine solche Klausel ausschließt. Das einzig mögliche Verfahren ist die "Blockierung der Inhaberaktien".

Die Aktionäre kommen überein, außerhalb der Satzung, ihre Aktien in einer Bank zu deponieren und sie nicht zu übertragen, außer unter bestimmten Bedingungen. Klassisches Beispiel dafür ist die "Société civile des actionnaires de la Société internationale de régie cointéressé des tabacs du Maroc" (111).

Die Beschränkungsbedingungen können nicht eine absolute Unübertragbarkeit der Aktie bewirken, weil sie gegen das Wesen der Aktie wären. Obwohl diese Titel ihrem Wesen nach übertragbar sind, sind Beschränkungen zulässig. Diese Maßregel hat nicht und kann nicht das Ergebnis haben, den wesentlichen Charakter der Aktien, deren Übertragung geregelt wird, aufzuheben. Wie ESCARRA sagt: "Jede solche Klausel, die den Titel durch eine ganz absolute Unveräußerlichkeit beschränkt, muß, als der öffentlichen Ordnung zuwider, für nichtig erklärt werden" (112).

5. Die Übertragbarkeit der Aktie als Kriterium

Um es kurz zusammenzufassen: die Unübertragbarkeit der Teilhaberschaft und die Übertragbarkeit der Aktie vertragen wegen deren Beschränkungsklausel so viele Mittelwege, daß keine wirklich entscheidende Linie zwischen ihnen bestehen kann. Freilich gibt es einen unabdingbaren Unterschied, weil die Aktie durch eine absolute Unübertragbarkeit, die zu der Natur der Teilhaberschaft gehört, nicht gebunden werden kann, ohne ihren Charakter zu verlieren.

Trotzdem gibt es keinen unüberbrückbaren Unterschied zwischen der "unübertragbaren Teilhaberschaft" und der "übertragbaren Aktie".

BEAUDANT (113) bestätigt es: "Es ist für die Teilhaberschaft möglich übertragbar zu sein und für die Aktie unübertragbar zu sein. Die gesetzten Grenzen verschwinden, die zwei Begriffe nähern sich. Folglich genügt es, um zu unterscheiden, ob ein Gesellschaftsanteil Aktie oder Teilhaberschaft ist, festzustellen, ob das Recht übertragbar ist oder nicht." In den unklaren Fällen, wo man die Natur des Anteils bezweifeln kann, schlägt BEAUDANT vor, die zwei Begriffe durch die Absicht, die bei der Schaffung der Gesellschaft herrschte, zu unterscheiden. Diese Doktrin ist die herrschende. "Wenn", sagt BEAUDANT, "die Gesellschaftsanteile übertragbar sind, können sie 'Teilhaberschaften' bleiben oder 'Aktien' werden.

11) Hamel-Lagarde, *Traité*, S. 651.

12) Escarra, M., *Annales de droit commercial*, 1911, S. 352, No. 14.

13) Beaudant, *Caractères distinctifs*, *Revue de législation*, 1869, Bd. 34, S. 148.

Sie bleiben Teilhaberschaften, wenn das Recht zu ihrer Übertragung nicht anders erscheint als nur eine von dem gewöhnlichen bürgerlichen Recht abweichende Befugnis. Sie werden Aktien, wenn das Recht zu ihrer Übertragung erscheint als von ihrer Natur herkommend. Die Teilhaberschaft ist nur durch die ausdrückliche, im Gesellschaftsvertrage vorgesehene Zustimmung der anderen Gesellschafter übertragbar; sie bleibt Teilhaberschaft, wie breit diese Zustimmung auch sein mag. Die Aktie ist ihrem Wesen nach übertragbar; sie bleibt Aktie, wenn auch die Satzung es dem Vorstand oder der Generalversammlung erlaubt, sich der Übertragung entgegenzusetzen. Die Gesellschaftsanteile sind Aktien, wenn ihr Übertragbarsein als regelrechte Eventualität, die durch eine ausdauernde und wiederholbare Art und Weise verwirklicht werden kann und muß, zu betrachten ist. "Das ist in der Tat", geht BEAUDANT weiter, "das Zeichen, daß der *intuitus personae* in den Personalgesellschaften nicht dieselbe vorherrschende Rolle spielt und daß der Kredit der Gesellschaft nicht die persönliche Haftung der Gesellschafter, sondern die von ihnen gebotenen Kapitalien ist. Folglich, wenn die pekuniären Beziehungen den persönlichen Beziehungen substituiert sind, kann der Gesellschaftsanteil nicht mehr "Teilhaberschaft" bleiben, sondern er wird "Aktie". "Teilhaberschaft ist das Gesellschaftsrecht, wenn die Betrachtung der Person seitens der Parteien das entscheidende Element ihres Vertrages war. "Aktie" ist das Gesellschaftsrecht, wenn die Betrachtung der Person bei der Bildung des Vertrages nicht von Wichtigkeit war."

Hier aber ergibt sich eine Schwierigkeit. Wie kann man beurteilen, ob die Veräußerung der Gesellschaftsanteile eine normale Tat, ausgeschlossen von dem *intuitus personae*, ist oder eine Tat, deren ausnahmsweise stattgefundenen Charakter sich mit der Betrachtung der Person versöhnt, so daß man sagen kann, in dem ersten Fall eine Aktie und in dem zweiten Fall eine Teilhaberschaft vor sich zu sehen. BATBIE (114), der gegen diese Auffassung gekämpft hatte, hatte auf diesem Punkt bestanden, ohne ein anderes Kriterium zu fordern; deshalb begnügte er sich mit der absoluten und unzulänglichen Auffassung BRAVARD-VEYRIÈRES (115).

LYON-CAEN et RENAULT (116) sind gleichfalls der Meinung, daß es unmöglich sei, eine absolute Regel festzusetzen. Was man sagen könne, sei, daß es Raum gäbe zu untersuchen, ob die Übertragung der Gesellschaftsanteile als etwas Besonderes oder als etwas Normales betrachtet worden sei.

THALLER (117) sagt auch: "Aktie ist jeder Gesellschaftsanteil, den die Satzung als empfänglich für ein *trafic courant et ordinaire* betrachtet hat."

114) Batbie, *Revue de législation*, Bd. 34, S. 328, 415.

115) Vgl. S. 47.

116) *Traité*, II, No. 520.

117) *Traité*, No. 612.

Die Jurisprudenz der französischen Gerichte nimmt an, daß die Aktie der Gesellschaftsanteil der Kapitalgesellschaften ist und daß ihr Hauptcharakteristikum die Übertragbarkeit ist.

Trotzdem kann die Übertragbarkeit nicht das verlangte Kriterium bilden, weil es sowohl unübertragbare oder schwer übertragbare Aktien als auch übertragbare Teilhaberschaften geben kann. Folglich genügt die Übertragbarkeit nicht, die Aktie von der Teilhaberschaft zu unterscheiden. Damit eine Gesellschaft auf Aktien bestehen kann, müssen ihre Gründer die Absicht haben, eine Kapitalgesellschaft und keine Personalgesellschaft zu bilden. Ist diese Absicht aufgestellt, dann ist es gut. In den Fällen aber, wo die Absicht der Parteien nicht deutlich ausgedrückt ist, an welche anderen Elemente als an die Übertragbarkeit können wir uns dann halten, um diese Absicht zu erkennen? Ist es logisch, andere gewöhnliche Charakteristika der Aktie, die die französische Jurisprudenz oft gebraucht hat, hineinzubringen?

Können diese Elemente, obwohl sie eine kleinere oder größere Rolle spielen, uns in den zweifelhaften Fällen, wo die Übertragbarkeit in vielerlei Gestaltungen erscheint, eine Stütze darbieten?

Man fragt sich, ob diese Elemente uns eine Ergänzung gewähren können, um die Absicht der Parteien zu entdecken und auf das Dasein oder Nichtdasein des *intuitu personae* schließen zu lassen.

Im allgemeinen sind die Urteile der Verfasser darüber fast identisch. Manche erblicken in der Übertragbarkeit sonst "das einzige wesentliche Kennzeichen der Aktie" (118), mindestens "die hauptsächliche Idee, die die Festsetzung des Unterschiedes zwischen Aktie und Teilhaberschaft beherrschen muß" (119). Trotzdem berücksichtigen sie, um zu erkennen, ob eine Gesellschaft *intuitu personae* oder *intuitu pecuniae* gebildet worden ist, auch andere Elemente, "sekundäre und zufällige", die an sich keine besondere Bedeutung haben, wenn man sie allein betrachtet; trotzdem erwerben diese Elemente in ihrer Gesamtheit einen solchen Wert, daß man daraus die Absicht der Parteien erkennen kann (120).

Andere (121) schreiben der Übertragbarkeit eine geringere Bedeutung zu und ziehen ein synthetisches Kriterium vor, das nicht in einem einzigen und äußerlichen Element liegt, sondern in der Gesamtheit mehrerer Kennzeichen, die jedes

118) Beaudant, *Revue de législation*, S. 161.

119) Floucaud-Pénardille, Bd. I, S. 8 in princ.

120) Floucaud-Pénardille, a.a.O., im fine.

121) Thaller et Pic, *Sociétés*, Bd. II, No. 728;

Fuzier-Hermann, Ripert, *de Soc. com.*, No. 1996.

für sich ungenügend ist, verbunden aber alle zusammen der Gesellschaft ihre wahre Physiognomie geben. Welche Kennzeichen, sagen sie nicht.

Alle diese Gesamtheiten von Kennzeichen oder synthetischen Kriterien sind unannehmbar, weil ein synthetisches Kriterium in unserem Problem keine Bedeutung haben kann. Ein solches generelles Kriterium kann weder unsere Leitidee ausmachen noch ein Kriterium in eigenem Sinne sein. Ein synthetisches Kriterium, wie sie wollen, muß eine Sammlung von einzelnen Kriterien sein. Da aber logisch eine kumulative Anwendung aller Kriterien zusammen ausgeschlossen erscheint, ist nur eine sukzessive Anwendung möglich. Aber durch eine reihenweise Anwendung jedes einzelnen Kennzeichens und durch seine Ausschließung, kehren wir zu einem Kriterium zurück.

Gibt es dies, oder nicht? -

6. Sekundäre Kennzeichen

Viele Verfasser, besonders aber gerichtliche Entscheidungen, haben andere sekundäre Kennzeichen hervorgehoben, die sie als Kriterien zwischen Aktie und Teilhaberschaft darstellen wollten.

1) Der Sitz der Gesellschaft (122)

Er war von Entscheidungen eines französischen Gerichts als Charakteristikum betrachtet worden. Der gesellschaftliche Sitz besteht aber sowohl in den Personal- wie in den Kapitalgesellschaften.

2) Das Recht an Gewinnbeteiligung (123)

Es ist gewiß, daß jeder Aktionär Anspruch auf den Reingewinn hat (Dividendenrecht). FAUCHILLE sagt: "In jeder Gesellschaft hat der Gesellschafter als Ersatz seiner Einlage ein Gewinnanteilsrecht oder zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft eine Abwicklungsquote. Dieses Recht macht entweder eine Aktie oder eine Teilhaberschaft aus." Aber in Wirklichkeit ist dieses Recht kein Charakteristikum der Aktie sondern ein Recht, "verbunden" sowohl mit der Aktie wie auch mit der Teilhaberschaft.

3) Die Sachfirma (124)

Das Fehlen einer Gesellschafterfirma war als Kennzeichen der AG zugleich mit der Übertragbarkeit der Aktie angesehen worden.

122) Crim. ref. 14-1-1905 (D. 1906, 1, 129);

Crim. ref. 20-7-1906 (D. 1910, 1, S. 314).

123) Fauchille, *Annales de droit commercial*, 1887, Jurisp. S. 86 in fine.

124) Trib. com. Marseille, 26-6-1901, J. des Soc., 1902, S. 167.

Es ist richtig, daß die Firma in den Personalgesellschaften grundsätzlich eine Personenfirma, dagegen in den Kapitalgesellschaften eine Sachfirma ist. Da die Sachfirma der AG aber nur als Regel vorgeschrieben ist, so kann die Firma einer AG oder KGaA eine Personenfirma sein oder nur einen Phantasienamen enthalten (125). Für die Firma der GmbH ist vorgeschrieben, daß sie nach freier Wahl entweder Sachfirma sein kann oder Personenfirma (126). In der OHG und der KG ist eine Personenfirma erforderlich. Können wir also annehmen, daß, wenn wir vor einer Sachfirma stehen, sie uns mit Sicherheit entscheiden läßt, daß wenigstens die Entstehung einer OHG oder KG ausgeschlossen ist? Dies ist nicht immer möglich, weil die OHG und die KG, obwohl sie eine Personenfirma dem Gesetz gemäß enthalten müssen, trotzdem entgegen dem Gesetz eine Sachfirma oder eine sonstwie dem Gesetz nicht entsprechende Firma wählen können. Diese Firma ist dann zwar unzulässig, aber dadurch wird das Vorliegen einer OHG oder KG nicht ausgeschlossen, wie für diesen Fall auch das RG anerkannt hat (127).

4) Der Nominalbetrag (128)

Man hat vertreten, daß die Unterscheidungslinie zwischen Aktie und Teilhaberschaft der Nominalbetrag der Aktie ist. Obwohl, sagen sie, jede Gesellschaft den Nominalwert ihrer Anteile bestimmen kann, ist dennoch diese Bestimmung für die Aktiengesellschaften eine Verpflichtung. Jede Aktie muß einen bestimmten Nominalbetrag haben, dessen Minimum vom Gesetz vorgeschrieben ist.

Das Bestehen aber eines Nominalbetrages ist nicht eine essentielle Gestalt der Aktie. Nach POITTEVIN (129) erhält die Aktie ihren Charakter als solche, obgleich sie keinen Nominalwert hat, weil die Feststellung dieses Wertes kein Begriffsmerkmal der Aktie ist, sondern nur eine Formalität oder ein Ordnungsmaß "festgesetzt, um die Ausübung einer nützlichen Aufsicht über die Organisation und Funktionierung der Gesellschaften auf Aktien zu gestatten und deren Ermangelung vom Gesetz bestraft wird." Außerdem gibt es aber Aktien ohne Nominalbetrag, die in dem amerikanischen Recht sogenannten Aktien "no par value". Die Veränderung des Kapitals ändert den Betrag der Aktien nicht. Die Aktie ist vom Kapital ganz getrennt. Diese Aktien liegen auf dem Markt nur nach Berücksichtigung der Regel von Angebot und Nachfrage.

125) J. v. Gierke, HR, S. 291.

126) J. v. Gierke, HR, S. 414.

127) Hueck, Das Recht der OHG, S. 7.

128) Paris, 22-11-1890, Annales de droit commercial, 1891, Jurisp., S. 77.

129) Seine Note über Crim. ref. in VI/905,

D. 1906, 1, S. 132, 133.

Es gibt kein Minimum, weil es keinen Nominalbetrag gibt (130). Es gibt auch die Quotenaktien, die keinen Nominalbetrag haben und nur Bruchteile des Grundkapitals sind. Diese Aktien sind im belgischen Recht zulässig (Art. 41, 75, 102 de loi 1873).

5) Die Vielheit von Mitgliedern

PASSOW (131) hebt die Bedeutung dieses Merkmals hervor, das eine enge Beziehung zu dem *intuitus personae* hat. "In dieser Tatsache - Beteiligung zahlreicher Kapitalisten - liegt das wichtigste Merkmal, durch das sich der Haupttypus der AG von den anderen Unternehmungsformen unterscheidet." Trotzdem gehört eine Vielheit von Mitgliedern nicht zu den Begriffsmerkmalen der Aktien. Denn ob schon regelmäßig die Aktiengesellschaft aus einer größeren Anzahl von Mitgliedern besteht, so ist es doch nicht ausgeschlossen, daß vorübergehend oder dauernd eine geringe Anzahl von Personen sich zu einer AG zusammenschließen. Andererseits ist für die Personalgesellschaften, die mit einer Zweizahl bestehen können, nach oben keine Grenze gezogen. Es ist eine Offene Handelsgesellschaft mit 159 Gesellschaftern bekannt geworden (132).

Alle diese gewöhnlichen Elemente der Aktie haben, obwohl nicht gleichgültig, trotzdem keinen entscheidenden Einfluß auf den Unterschied zwischen Aktie und Teilhaberschaft. Die französische Jurisprudenz hat durch ihr Verfahren für die Feststellung, ob eine Gesellschaft *intuitu personae* oder nicht aufgebaut war, einen Zustand der Unklarheit geschaffen. Man kann die Unschlüssigkeit verstehen. Um die Teilhaberschaft, den Gesellschaftsanteil der Personalgesellschaften, oder die Aktie, den Gesellschaftsanteil der Kapitalgesellschaften, zu erkennen, hält man sich erstens an die Übertragbarkeit und sucht weiter, inwieweit die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils als etwas Besonderes oder als etwas Normales betrachtet worden ist. Die Erklärung der Absicht der Parteien verursacht aber manchmal Schwierigkeiten, besonders wenn der Gesellschaftsvertrag unklare Klauseln einschließt, deren Zweideutigkeit absichtlich ist. In diesem Stadium verwendet der Richter die sekundären Kennzeichen. Diese herkömmliche Untersuchungsart der französischen Jurisprudenz ist nicht ohne Nachteile. Denn eine gerichtliche Entscheidung zählt jedesmal, um besser begründet zu sein, zu ihren Gründen Elemente, die nicht wesentlich sind und schreibt ihnen eine Bedeutung zu, die diese Elemente nicht wirklich haben. Infolgedessen macht sie Kriterien aus minderwertigen

130) So aber werden die Garantien für die Aktionäre und die gesellschaftlichen Gläubiger beseitigt. Darüber: Barrault, "Les actions sans valeur nominal dans les sociétés américaines, Bulletin de la Société de législation comparée" 1927, S. 227;

Hubert Lepargneur, Les sociétés commerciales aux Etats Unis d'Amérique, 1951.

131) Passow, Die AG, S. 7. Auch Civil Cassation, 10-8-1887, D. 87, 1, S. 440.

132) Buchda, Geschichte, S. 239.

und zufälligen Elementen. So wird immer wieder ein neuer Grund für Unsicherheiten geschaffen, der die Lösung des Problems noch mehr kompliziert. Darum können alle diese parasitären Elemente nicht die Grundlage einer Unterscheidung zwischen Teilhaberschaft und Aktie bilden.

f) Die Aushändigung einer Aktienurkunde

Manche Verfasser und viele gerichtliche Entscheidungen nehmen an, daß die Gesellschaftsanteile nur dann Aktien sind, wenn sie durch eine von dem Gesellschaftsvertrag getrennte Urkunde dargestellt sind. "Die Übertragbarkeit", sagt LACOUR (133), "genügt nicht, die Aktiengesellschaft festzustellen. Außerdem muß eine Urkunde, die die Rechte verknüpft, den Gesellschaftern ausgehändigt werden. Was man in der Praxis 'Aktie' nennt, ist der Titel, die von dem gesellschaftlichen Sitz ausgestellte Urkunde! Niemals nennt man einen Gesellschaftsanteil Aktie, dessen Dasein nicht durch eine Urkunde offenbar ist." Ohne zu untersuchen, ob der Titel übertragbar oder negoziabel ist, halten sich die Anhänger dieser Ansicht ausschließlich an den Umstand der Ausgabe und Aushändigung einer Urkunde. Die wahrhaft unterscheidenden Kennzeichen der Aktie von der Teilhaberschaft beruhen auf einer von dem Gesellschaftsvertrag unabhängigen Urkunde. Dieser Charakter ist für die Teilhaberschaft ganz ausgeschlossen. Dies ist das Kriterium der Aktie, sagen sie (134). In einer Gesellschaft auf Aktien ist das Fehlen von Aktienurkunden die Ausnahme. Dies ist die ungewöhnlichste Tatsache in einer Aktiengesellschaft. Diese Ermangelung hilft uns dazu, daß wir, wenn die Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile durch unklare Klauseln bestimmt worden ist, sagen können, daß die Übertragbarkeit als etwas Außerordentliches und Regelwidriges betrachtet worden war und folglich, daß die Gesellschaft intuitu personae gebildet war. MOSSA sagt: "Die Aktie ist das Symbol der AG gewesen. Das Schicksal der Gesellschaft ist abhängig von der Menge und der Beweglichkeit der Aktien" (135).

Ist die Aushändigung einer Aktienurkunde wirklich das gesuchte Kriterium?

Die Schaffung dieser Urkunden, von denen jede eine Nummer trägt, ist laufenden Gebrauches. Sie bietet vor allem den Vorteil, daß die Gesellschaft ein einfaches Mittel hat, durch das sie das Gesellschafterrecht leicht feststellen kann. Aber der wichtigste Vorteil ist, daß diese Urkunde durch die Verkörperung der Mitgliedschaft in einem Papier eine äußerliche Gestalt darbietet, das den Umlauf der Titel erleichtert und den Bedürfnissen des Börsenhandels dient. Sollen wir doch annehmen, daß diese Verkörperung in einer Urkunde besonders für die Inhaber- und Namenspapiere ein wesentlicher Charakter der Aktie ist?

133) Lacour et Bouteron, Bd. I, No. 397. Über die italienische Doktrin: Vivante, Trattato dir. com., No. 957 in fine. Zust. Mossa, Trattato, S. 270.

134) Tribunal civil, 20-8-1884, sous Civ. ref. 10.-8-1887, No. 25 et note 56.

135) Mossa, Trattato, S. 212.

Die Bestimmungen des Gesetzes über die Ausgabe der Aktienurkunden öffnen nur eine Befugnis und erlegen keine Verpflichtungen auf (136). Weder sind diese Bestimmungen zwingendes Recht, noch ist das Bestehen der Mitgliedschaft abhängig von der Ausstellung einer Urkunde.

In Österreich ist die Verbriefung der Mitgliedschaftsrechte in Urkunden zwingend vorgeschrieben. Dieser Umstand bewirkt nicht, daß die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft im Vergleich zu den Personalgesellschaften erleichtert ist (137). Auch in Österreich hängt der Bestand der Mitgliedschaft als solcher nicht von der Ausstellung einer Aktienurkunde ab, aber das Gesetz läßt doch andererseits keinen Zweifel darüber aufkommen, daß jeder Aktionär einen Anspruch auf Ausstellung der Aktie besitzt und eine AG ohne verbrieft Mitgliedschaften nicht zulässig ist. (Vgl. §§ 16 III, 17 AktG). Die Aktie ist somit in jedem Fall Ausdrucksform der Mitgliedschaft (138).

Dies ist auch die durchaus herrschende Meinung, sowohl in Deutschland als auch in allen anderen Ländern. Die Aushändigung einer Aktie ist weiterhin auch nicht speziell für die Aktie und niemand kann sagen, daß sie von der Natur der Teilhaberschaft ausgeschlossen ist. Um die Übertragung der Gesellschaftsanteile zu erleichtern, kann die Teilhaberschaft der Personalgesellschaften in Anteilscheinen verbrieft werden. Diese sind dann im Zweifelsfall nur Beweisurkunden und nicht Wertpapiere im eigentlichen Sinne (139). Folglich hindert nichts die OHG oder eine KG daran, Teilhaberschaftsurkunden auszugeben und eine solche Urkunde jedem Teilhaber auszuhändigen. Deshalb ist die Urkunde für die Aktie kein wesentliches noch ein spezielles Kennzeichen und a fortiori kein Kriterium der Aktie.

g) Die beschränkte Haftung

Zuletzt haben sich auf der Grundlage der beschränkten Haftung zwei Doktrinen über das Kriterium der Aktie entwickelt.

136) Fraissaingea, *Annales de droit commercial*, S. 115.

Diese Frage ist immer streitig.

137) Hämmerle, HR, S. 520, 21.

138) Hämmerle, a.a.O., S. 522.

139) Hueck, *Das Recht der OHG*, S. 225; RG 57/414;

Wieland, HR, I, S. 660, nimmt auch an, daß der Gesellschaftsvertrag die Ausgabe von Anteilscheinen vorsehen kann und daß diese Anteile ähnlich wie Aktien von Hand zu Hand zirkulieren können.

Zust. Hämmerle, HR, S. 458.

1. Die absolute Theorie Demolombes (140)

Nach dieser Auffassung ist ein Gesellschaftsanteil Aktie oder Teilhaberschaft entsprechend der Haftungsausdehnung der Gesellschafter.

„Die Aktie“, sagt DEMOLOMBE, „verpflichtet den Gesellschafter nur einen Teil des Gesellschaftskapitals zu leisten, während die Teilhaberschaft seine Haftung in infinitum bindet.“

Diese Doktrin war von Anfang an als unannehmbar betrachtet worden. Es ist wahr, daß man die beschränkte Haftung des Gesellschafters in Höhe seiner Einlage regelmäßig in den Aktiengesellschaften antrifft. Aber das gibt es nicht nur bei der AG, wie die Entstehung der KG oder GmbH beweist.

2. Die Doktrin des doppelten Kriteriums der Aktie

Diese Theorie war von FRAISSAINGEA (141) entwickelt. Das Kriterium der Aktie ist ein doppeltes: Beschränkung der Haftung und Übertragbarkeit.

Die Aktie ist nicht nur übertragbar; sie beschränkt auch die Haftung des Gesellschafters in Höhe seiner Einlage. Diese Beschränkung der Haftung weicht von dem gemeinen Recht ab. In der Vorstellung der primitiven durch intuitu personae gebildeten Gesellschaft, die auch heute die Regel ausmacht, sind Gesellschaft und Gesellschafter so eng verbunden, daß ihr Schicksal bis zur Auflösung der Gesellschaft untrennbar ist. So ergibt sich nicht nur die Unübertragbarkeit, sondern auch die Verhaftung ihres ganzen Vermögens für die gesellschaftlichen Verbindlichkeiten. Der intuitus personae besteht, wenn die Persönlichkeit der Gesellschafter einen solchen Einfluß auf den Kredit der Gesellschaft wegen der Unübertragbarkeit der Anteile und wegen der Verpflichtung ad infinitum für die Bezahlung der gesellschaftlichen Passiva ausübt. Wenn aber die Gesellschaftsanteile übertragbar sind und zugleich die Haftung der Gesellschafter in Höhe ihrer Einlage beschränkt ist, ist der Gesellschaftskredit unabhängig von der Persönlichkeit der Mitglieder. Hier verliert die generelle Regel des intuitus personae den Grund ihres Bestehens und weicht einer anderen Vorstellung, der dem System der Aktiengesellschaften entspricht. Dieses System weicht von dem allgemeinen Gesellschaftsrecht sowohl in bezug auf die Übertragbarkeit wie auch auf die Beschränkung der Haftung ab.

-
- 140) Demolombe, Cours de Code Napoléon, IX, No. 411;
 Duccauroy, Bonnier et Roustain, Cours de Code Civil, II, S. 23;
 Delangle, Sociétés Commerciales, II, No. 436.
- 141) Fraissaingea, Annales de droit commercial, 1914, S. 197.

Die beschränkte Haftung ist als eine wirtschaftliche Notwendigkeit ein überwiegendes Element der Kapitalgesellschaften. Die beschränkte Haftung genügt, den besonderen rechtlichen Zustand zu rechtfertigen. Dies ist der Hauptgrund, der die besonderen Bestimmungen der AG vorschreibt (142).

Die Bedeutung der beschränkten Haftung ist allgemein anerkannt. Sie gehört zu dem Wesen der Aktie. GELLERIER (143) hat gesagt: "Es gibt nur eine Gesellschaft auf Aktien, die ausschließlich auf dem absoluten Prinzip der Aktie aufgebaut ist: die AG."

Die beschränkte Haftung der AG steht der unbeschränkten Haftung der OHG entgegen. Die KG ist nur ein dazwischen liegender Typus, eine Mischung unbeschränkter und beschränkter Haftung. Die beschränkte Haftung ist das wesentliche Element der Aktie. "Wer Aktie sagt, setzt die Beschränkung der Haftung in Höhe der Einlage voraus" (144).

Wie betrachtet FRAISSAINGEA den Anteil einer KG? Ohne Zweifel gehört dieser Charakter nicht speziell zu der Aktie; aber ein Merkmal kann wesentlich sein, obwohl es auch in anderen Fällen erscheinen kann. Wie die Übertragbarkeit wesentliches Merkmal der Aktie ist und trotzdem auch in der Teilhaberschaft erscheinen kann, so ist die beschränkte Haftung Teil des Wesens der Aktie, obwohl das Gesetz diese Haftung auf die KG ausdehnt.

Die beschränkte Haftung ist im Code Civil in dreierlei Gesellschaften organisiert worden: in der Aktiengesellschaft zugunsten aller Gesellschafter und in den zwei Arten der Kommanditgesellschaften zugunsten der Kommanditisten (145).

Obwohl diese Haftung den Kommanditgesellschaften nicht ausschließlich eignet, ist sie aber wesentlich. Ohne die beschränkte Haftung könnte die KG nicht begreiflich werden, weil sie sich von der AG und der OHG durch die Existenz von zweierlei Gesellschaftern, von denen die einen unbeschränkt und die anderen in Höhe ihrer Einlage haften, unterscheidet. Diese Folgerung für die Kommanditgesellschaft gehört unter denselben Bedingungen der Aktie auch zu. Demzufolge, obwohl die Beschränkung der Haftung nicht ihr spezielles Charakteristikum ist, bildet sie ihr wesentliches Merkmal. Worin liegt also das Kriterium? Diese Frage wäre weniger kompliziert, wenn es sich nur um den Unterschied zwischen AG und OHG gehandelt hätte. Aber die Entstehung der KG schafft diese "Qual" der französischen Doktrin.

142) Lyon-Caen et Renault, II, No. 679 bis in fine.

143) Gellerier, Société anonymes, No. 8.

144) Thaller et Pic, Sociétés, No. 718.

145) Mit derselben Grundlage: Endemann, HR Lehrbuch, § 32; Wieland, HR, I, S. 486.

Es wäre leichter, die OHG, deren Mitglieder alle unbeschränkt haften von der AG, deren Mitglieder alle beschränkt haften, zu unterscheiden. Zwischen ihnen besteht ein doppelter Unterschied: der eine entspringt aus der Unübertragbarkeit und der Übertragbarkeit der Anteile; der andere bezieht sich auf die Höhe der Haftung der Gesellschafter. Der zweite Unterschied duldet keine Schattierungen oder Abstufungen des ersten Unterschieds. Er ist entscheidender, weil die beschränkte Haftung entweder existiert oder nicht, ohne Mittelwege zuzulassen. Darum ist die beschränkte Haftung ein absolutes Unterscheidungskriterium zwischen der OHG und der AG. In bezug auf die KG ist dieses nicht der Fall, weil die Haftung der Kommanditisten immer beschränkt ist. Es gibt also nur einen Fall, wo der Gesellschaftsanteil trotz seiner beschränkten Haftung Teilhaberschaft bleibt; das geschieht, wenn die Teilhaberschaft in der KG unübertragbar ist.

Folglich ist der Gesellschaftsanteil "Aktie", wenn er übertragbar ist und die beschränkte Haftung sowohl für die Aktionäre als auch für die Kommanditaktionäre mit sich bringt.

Diese Auffassung aber ist nicht anzunehmen und sie hat auch nur wenige Nachfolger gefunden. FRAISSAINGEA hat mit seiner Theorie die zwei Begriffsmerkmale der Aktie festgestellt: Übertragbarkeit und beschränkte Haftung. Für die Praxis aber erweist sie sich als ungenügend. Denn es ist nicht unmöglich, eine Teilhaberschaft mit solchen Kennzeichen anzutreffen; nämlich den Gesellschaftsanteil der KG, den der Gesellschaftsvertrag für übertragbar erklärt hat. In Frankreich wurde sie auch widerlegt, weil viele Verfasser (146) annehmen, daß eine OHG auf Aktien möglich ist, d. h. eine Gesellschaftsanteil, bei dem die unbeschränkte Haftung und die Übertragbarkeit koexistieren können.

146) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, No. 674;
Wahl-Sirey 1909, 1, S. 579, col. 1.

"Die Aktie ist nicht unversöhnlich mit der solidarischen und unbeschränkten Haftung, einziges Kennzeichen der OHG."

6. K A P I T E L

ZUR PROBLEMATIK DER ENTDECKUNG EINES KRITERIUMS

I. Die Übertragbarkeit - Begriffsmerkmal der Aktie

Sonderbarer Zustand! So hatte BEAUDANT (1) diesen Zustand, der aus der Untersuchung der einzelnen Kriterien in dem vorigen Kapitel entsprungen ist, genannt, als er das Ergebnis erreicht hatte und bevor er seine Ansicht dargelegt hat. Seiner Theorie nach, die als herrschende anzusehen ist, ist die Übertragbarkeit das Kriterium der Aktie, in dem Sinne, daß sie bezüglich der Absicht der Parteien zu betrachten ist. Wenn die Parteien die Übertragbarkeit als etwas Normales betrachtet haben, befinden wir uns vor einer Aktie; anderenfalls vor einer Teilhaberschaft. Wir haben aber schon die Unzulänglichkeit dieser Auffassung gesehen.

Dieser Zustand ist nicht sonderbar, weil ein Kriterium der Aktie in dem Sinne, in dem sie die französischen Autoren gesucht haben, nicht existiert. Trotzdem kann die Übertragbarkeit eine Leitidee sein.

Überall nimmt man an, daß die Übertragbarkeit wesentliches Kennzeichen der Aktie und der Aktiengesellschaft ist. MÜLLER-ERZBACH sagt: "Für die AG kennzeichnend ist die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft"(2). Mit Recht. Fast allgemein nimmt man an, daß die Unübertragbarkeit wesentliches Merkmal der Teilhaberschaft ist. Mit Recht. Auch nimmt man an, daß die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft ein wesentlicher Unterschied zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften ist. "Der Bestand der Personalgesellschaft ist grundsätzlich vom Verbleiben ihrer derzeitigen Teilhaber abhängig, während die Kapitalgesellschaften vom Wechsel der Mitglieder nicht berührt werden können. Die Mitgliedschaft der Personalgesellschaften ist grundsätzlich unübertragbar, die der Kapitalgesellschaften übertragbar. Das ist der Gegensatz" (3). Auch TELLER (4) sieht das Kennzeichen der AG in der "perpetual existence" dieser Gesellschaft.

Die Übertragbarkeit ist das wesentliche Merkmal der Aktie. Die Mitgliedschaft ist von Haus aus übertragbar und vererblich. Die Aktie ist notwendigerweise übertragbar. Irgendeine Vinkulierung hat nur eine schuldrechtliche Wirkungskraft.

1) Beaudant, Revue de législation, 1869, S. 159.

2) HR, S. 288.

3) Wieland, HR, II, S. 2.

4) Teller, Partnership, S. 2.: "The primary distinction between a partnership and a joint stock company lies in the fact that the shares of a joint stock association are transferable."

Diese wesentliche Eigenschaft der Aktie nimmt man in allen Ländern und Rechten an (5). Die Entwicklung des Aktienrechts wird in allen Teilen von der Übertragbarkeit der Aktie beherrscht. Jeder Satz des Aktienrechts, der einigermaßen von Bedeutung ist, steht in engerem oder weiterem Zusammenhang mit der Übertragbarkeit der Aktie (6).

Trotzdem haben manche Verfasser (7) angenommen, daß diese Eigenschaft dem Aktienrecht nicht wesentlich sei. Denn wenngleich der Anteil regelmäßig übertragbar sei, so könne doch ausnahmsweise die Übertragung an die Zustimmung sämtlicher Mitaktionäre geknüpft sein, wie auch die Vererblichkeit des Anteils beschränkt sein könne.

Andere Autoren (8) nehmen an, daß die Übertragbarkeit und nicht die freie Übertragbarkeit eine wesentliche Eigenschaft der aktienrechtlichen Mitgliedschaft sei. Aber welche meinen sie denn, wenn sie "nicht die freie Übertragbarkeit" sagen? Die beschränkte Übertragbarkeit? Aber die Teilhaberschaft kann auch beschränkt übertragen werden.

Andererseits ist die Unübertragbarkeit der Teilhaberschaft ihr wesentlichstes Merkmal, weil sie aus dem Wesen der Personalgesellschaft entspringt.

Die Teilhaberschaft ist von Natur unübertragbar. Darum würde eine einseitige Veräußerung dieses Gesellschaftsanteils dem Wesen der Personalgesellschaft widersprechen (9). Deshalb ist eine solche Verfügung absolut nichtig.

-
- 5) Wieland, HR, II, S. 43; Behrend, HGB, § 179 II c;
 Renaud, HR, S. 100; Mossa, Trattato, S. 324;
 Martinenghi, S. 93; Escarra, Sociétés, No. 1008;
 Hamel-Lagarde, S. 654; Anastasiadis, § 110, S. 212;
 Petimejas, S. 134;
 Féasse, Les sociétés anonymes dans la republique Argentine, S. 49;
 Alix, Les sociétés anonymes au Brésil, S. 51;
 Eliashevitch, II, No. 253.
- 6) Fischer, AG, S. 70.
- 7) Lehmann, Lehrbuch, S. 335; AG I, S. 138;
 Thaller-Pic, II, S. 52.
- 8) Fischer, AG, S. 144;
 Lyon-Caen et Renault, II, No. 520.
- 9) Weipert, Kommentar zum HGB, § 105 Anm. 31;
 Hildebrandt-Schröder, HGB, § 105 Anm. 36;
 Wieland, HR, I, S. 658.

Jetzt können wir für beide Gesellschaftsanteile das sagen: Die Übertragbarkeit ist wesentliches Merkmal der Aktie und die Unübertragbarkeit wesentliches Merkmal der Teilhaberschaft. Doch man darf nicht die Begriffspaare "wesentlich und unwesentlich", "zwingend und nicht zwingend" vermengen (10). Wesentlich ist derjenige Tatbestand eines Rechtsverhältnisses, der es zu einem Rechtsverhältnis bestimmter Art macht und von dessen Vorhandensein bestimmte rechtliche Folgen abhängig erklärt werden (11). Sowohl die Übertragbarkeit als auch die Unübertragbarkeit haben diesen Charakter.

Denn die Abweichungen von diesen zwei Grundsätzen entspringen nicht aus dem Wesen der Gesellschaft, sondern aus wirtschaftlichen Gründen. So ist die Beschränkung der Übertragbarkeit der Aktie nach allgemeiner Ansicht bestimmt, um das Agiotage zu beschränken. Auch ist die Möglichkeit einer Übertragbarkeit der Teilhaberschaft von dem Interesse der Erhaltung des Unternehmens diktiert (12). "Im Interesse der volkswirtschaftlich erwünschten Erhaltung des Unternehmens und der Lebensgrundlage der übrigen Gesellschafter läßt das Gesetz ein Ausscheiden eines Gesellschafters und dessen Ersatz durch einen anderen auch weitgehend zu" (13).

Denn was *natura* wesentlich ist, verliert *contractu* nicht seinen Charakter.

Darum ist die Übertragbarkeit tatsächlich eine Abgrenzungslinie zwischen Aktie und Teilhaberschaft. Die Aktie ist ein übertragbarer Anteil. Aber nicht jeder übertragbare Anteil ist eine Aktie.

Man stellt die Frage so: "Kann die Übertragbarkeit die Teilhaberschaft in eine Aktie umwandeln"?

Bejahen wir die Frage, wie viele französische Autoren es wegen des Vorhandenseins der "unlimited company by shares" des englischen Rechts gemacht haben, dann müssen wir annehmen, daß eine OHG auf Aktien möglich wäre.

Oder umgekehrt, kann die Unübertragbarkeit die Aktie in eine Teilhaberschaft umwandeln?

Bejahen wir das, müssen wir dann die Entstehung einer AG auf Teilhaberschaften annehmen.

Folglich ist es eine Frage, welches der wesentliche Unterschied zwischen Aktie und

10) Dagegen: Laband, in ZHR, 30/506.

11) Wieland, HR, I, S. 502.

12) Müller-Erzbach, HR, S. 213. Ferner Müller-Erzbach, Die Erhaltung des Unternehmens, ZHR, Bd. 61, (1908), S. 357.

13) Weipert, Kommentar, § 105 Anm. 39.

Teilhaberschaft ist, und als zweites läßt sich die Frage aufwerfen, wenn wir diesen wesentlichen Unterschied in das Feld der Praxis übertragen wollen. In diesem Fall müssen wir durch diesen Unterschied alle möglichen Erscheinungen der Praxis erklären. Damit entsteht die Frage der gemischten Gesellschaftstypen. Kann die Übertragbarkeit alle möglichen Gesellschaftstypen bedecken, bildet sie ein Kriterium. Bedeckt sie aber nicht alle Gesellschaftstypen, kann sie kein Kriterium sein. Und sie ist kein Kriterium.

II. Gemischte Gesellschaftstypen

a) Das Typische und das Atypische im Gesellschaftsrecht

Wir haben schon gesehen, daß die Gesellschaft durch den Zusammenschluß von Menschen geschaffen wird. Von diesem Moment an haben die Menschen die Möglichkeit, einerseits zwischen den gesetzlich geregelten Gesellschaftsformen zu wählen und andererseits andere Formen oder dieselben Formen mit verschiedenem Inhalt zu suchen.

Gibt es aber keine Grenze für diese Befugnis?

Der Grundsatz der freien Typenwahl von Gesellschaften besagt, daß den Beteiligten die Befugnis eingeräumt ist, unter einer Vielzahl von im Gesetz vorgesehenen Gesellschaftsformen diejenigen auszuwählen, die ihren Interessen im Einzelfall am besten entsprechen (14). Alle diese Gesellschaftsformen sind ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform dadurch gekennzeichnet, daß sich mehrere Personen zur Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zweckes vereinigen, indem sie in vertragsmäßig vereinbarter oder satzungsmäßig bestimmter Weise zusammenwirken (15). Aber die Zwecke, denen die einzelnen Gesellschaften zu dienen bestimmt sind, sind durchaus nicht die gleichen. Der jeweilige Zweck bestimmt den wirtschaftlichen und rechtlichen Inhalt des jeweiligen Gesellschaftstypus und beeinflußt maßgebend die Wahl der Gesellschaftsform im konkreten Falle. In diesem Sinne ist die Typenwahl beschränkt.

Unter Typenfreiheit und Gestaltungsfreiheit werden verstanden: einmal die Befugnis der Beteiligten, außerhalb der im Gesetz normierten Gesellschaftstypen neue Typen zu schaffen, zum anderen die Befugnis, den Inhalt gesetzlich normierter Typen abweichend von dem im Gesetz festgelegten Inhalt zu gestalten.

Die Gesellschaft ist nur die eine, sie ist ein Leib. Der Gesellschaftsformen aber sind viele. Bei diesen Gesellschaftstypen bleiben wir jetzt. Man fragt sich, ob die Typenfreiheit nur in diesem gesetzlichen Typischen eingeschränkt ist.

14) Paulick, Die eingetragene Genossenschaft, S. 28.

15) Würdinger, Gesellschaften, I, S. 13.

Gesetzlich ist nicht nur das Typische sondern auch das Atypische. Der Typus erscheint nur als eine legislative Konfiguration (16). Das Typische ist beschränkt, von vornherein bestimmt und in konkreten vorbekannten Umständen geordnet. "La tipicità è limitata e preordinata." (17). Also ist der Typus nicht generell, sondern partiell und herrscht nur über ein bestimmtes Feld. Also ist der Typ relativ. Vermöge dieser Eigenschaft des Typus kann ein anderes nicht vorbekanntes Negoziium in einem anderen Felde außerhalb des Typischen liegen. Oder es ist möglich, daß ein anderer dazwischenliegender Umstand vorhanden ist, der sich mit mehreren Typen verbindet.

Hier erscheint das Atypische. Es ist gerade das Typische, das die Gesetzmäßigkeit des Atypischen rechtfertigt, weil die Relativität des Typus das Atypische als ihren gesetzlichen Zusatz verlangt. Dieses Atypische aber ist nicht willkürlich, sondern in einer bestimmten Weise gesetzlich beschränkt.

Jeder Typus ist durch gewisse Kennzeichen festgelegt. Als solche Kennzeichen nimmt man diejenigen an, die als zwingendes Recht vorgeschrieben sind, d. h. die imperativen Elemente. Jeder Typus ist aber nur eine species und als solche gehört er zu einer Kategorie, die als Genus erscheint. So z. B. der Typus "Offene Handelsgesellschaft" und die Kategorie "Personalgesellschaften" oder der Typus "Aktiengesellschaft" und die Kategorie "Kapitalgesellschaften". Jede Kategorie ist von wesentlichen Gerechtigkeits- und Ordnungsprinzipien beherrscht, die die Verkehrssicherheit schützen dürfen (18). Diese Ordnungsprinzipien kann man "notwendiges Typisches" nennen. Hierin liegt die Beschränkung des Atypischen. Da das Atypische gesetzlich erlaubt ist kann es sich von den Ordnungsprinzipien nicht entfernen. Also kann das Atypische von dem Typischen abweichen, aber nicht von dem "notwendigen Typischen".

Wenn eine neue Gesellschaft geschaffen wird, wenn wir ein gegebenes Negoziium x haben, dann vergleichen wir es mit einem bestimmten gesetzlichen Typus A. Es können drei Fälle eintreten. Entweder 1) das unbekannte Negoziium fällt in allen wesentlichen Punkten mit dem vergleichenden Typus A zusammen, oder 2) es ist möglich, daß das neue Negoziium nur gewisse Kennzeichen des vergleichenden Typus aufweist, so daß es nicht diesem Typus unterworfen sein kann; in diesem Fall befinden wir uns vor einem anderen Typus; oder 3) es ist möglich, daß das neue Negoziium kein Kennzeichen des vergleichenden Typus hat; in diesem Fall haben wir ein atypisches Negoziium.

16) Pavoni, *Theoria delle società*, S. 46.

17) Pavoni, *Theoria*, S. 39.

18) Vgl. auch H. Lehmann, *HR*, II, S. 282;
Haupt-Reinhardt, *Gesellschaftsrecht*, S. 3;
Paulick, *Die eingetragene Genossenschaft*, S. 35.

Sind aber alle diese Fälle gesetzmäßig?

Der erste Typus ist ohne Zweifel gesetzmäßig. Der zweite auch, weil er zu der Kategorie gehört. Aber das dritte atypische Negotium ist nur dann gesetzmäßig, wenn es das "notwendige Typische", d. h. die Ordnungsprinzipien der Kategorie erfüllt.

Von dem sogenannten "Atypischen", das als Gegenstand der Typenfreiheit erscheint, müssen wir die "atypischen Elemente", die als Gegenstand der Gestaltungsfreiheit erscheinen, unterscheiden. Während das Atypische die Beziehung eines neuen Negotiums zu allen gesetzlich vorgesehenen Typen bedeutet, handelt es sich bei den "Atypischen Elementen" nur um einen Typus.

Es ist möglich, in einer typischen Figur atypische Elemente zu finden, ohne daß die Substanz des Typus verändert wird. Wir haben schon gesagt, daß jeder Typus Hauptkennzeichen hat, die die von der jeweilig geltenden Gesetzgebung als imperative betrachtet werden und die nicht abgeändert werden können, ohne den Typus gleichzeitig umzuwandeln. Alle übrigen Kennzeichen, die dispositiver Natur sind, können durch die Gestaltungsfreiheit der Parteien in atypische Elemente umgewandelt werden. In diesem Fall bleibt die Substanz des Gesellschaftstypus undenaturiert.

Wenn man das Element der unbeschränkten Haftung einer OHG ändert, so ist zugleich die Substanz dieser Gesellschaftsform verändert; darum gibt es eine solche OHG gar nicht. Ändert man aber das Element der Unübertragbarkeit der Teilhaberschaft, weil sie dispositiver Natur ist, bleibt die Gesellschaft eine OHG. Aber trotz aller möglichen Übertragbarkeit der Teilhaberschaft in einer OHG, kann diese Übertragbarkeit die Teilhaberschaft nicht in eine Aktie umwandeln, weil es ein Ordnungsgedanke ist, daß der Gesellschaftsanteil in einer Personengesellschaft ganz personenrechtlich, eine Teilhaberschaft, ist.

Die Aktie, auch wenn man ihre Übertragbarkeit einschränken will, oder sie nicht mit einer Urkunde verknüpft, verliert ihren Charakter nicht und denaturiert nicht die Substanz der AG. Es ist ein Ordnungsprinzip, daß eine Kapitalgesellschaft als ihren Gesellschaftsanteil nur eine Aktie verträgt.

In Frankreich nehmen viele Autoren als möglich und gesetzmäßig das Bestehen sowohl einer OHG auf Aktien wie auch einer AG auf Teilhaberschaften an.

Für solche Gebilde ist aber rechtsdogmatisch kein Raum. Bei dem ersten Fall handelt es sich um eine Gesellschaft, deren Teilhaber persönlich unbeschränkt haften und deren Gesellschaftsanteile eine Übertragung *natura* frei und *contractu* unbeschränkt einschließen. Eine solche offene Handelsgesellschaft gibt es nicht. Es ist außerdem auch kein anderer Typus, sondern es handelt sich um ein Atypisches, das aber nicht gesetzmäßig ist, weil es sich nicht den Kennzeichen der

Kategorie unterwirft; denn unbeschränkte Haftung und von Natur unbeschränkte Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils vertragen sich nicht miteinander.

Umgekehrt handelt es sich, wenn wir eine sogenannte "AG auf Teilhaberschaften" vor Augen haben, d. h. eine Gesellschaft, deren Mitglieder alle in Höhe ihrer Einlagen verpflichtet sind und deren Gesellschaftsanteile von Natur aus unübertragbar sind, nicht um ein Atypisches, sondern um einen anderen Typus, wie z. B. eine GmbH.

b) Die Mischung der Gesellschaftstypen

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung haben viele atypische Gebilde oder andere Typen anerkannt und sich für ihre Zulässigkeit, besonders in den Fällen der GmbH & Co., der kapitalistisch organisierten KG, aber auch der Einmann-gesellschaft entschieden (19).

Nach WIELAND ist keiner Gesellschaftsform von Rechts wegen ein bestimmter Typus derart zwingend aufgeprägt, daß gegenseitige Annäherung ausgeschlossen wäre (20). Keine Gesellschaftsform ist eine absolute Gestaltung, sondern nur relativ. So hat man kein Hindernis für die Schaffung davon abweichender Formen gesehen. Das Atypische entwickelte sich immer mehr in dem Gesellschaftsrecht und Praxis. "In den letzten drei Jahrzehnten", sagt FISCHER, "ist mehr und mehr die Erkenntnis gewachsen, daß die Unterscheidung in Kapital- und Personalgesellschaften viel ihres rechtlichen Sinnes und ihrer wirtschaftlichen Berechtigung verloren hat . . . , weil sie nach der ursprünglich im Gesetz verankerten juristischen Form gruppiert und die tatsächlichen Merkmale der verschiedenen Unternehmungsarten völlig außer Acht läßt" (21). Damit nimmt man an, daß eine Nivellierung zwischen Personal- und Kapitalgesellschaft begonnen hat einzusetzen" (22).

Ein Blick in die Praxis des Wirtschaftslebens und der tatsächlichen Weiterentwicklung zeigt, wie das Atypische sich in der Praxis entwickelt.

α) Die kapitalistisch organisierte OHG

Diese Entwicklung, nämlich die Annäherung an den Typus der Kapitalgesellschaft, ist gegeben, wenn die Übertragbarkeit der Teilhaberschaft erleichtert ist oder wenn bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern Geschäftsführung und Vertretung nur bei einem oder einigen wenigen liegen, während sich die Mehrzahl der Gesell-

19) Vgl. statt aller RG, 105 f., 101 ff. mit umfassender Übersicht über den Stand der im Schrifttum vertretenen Meinungen.

20) Wieland, HR, I, S. 478.

21) C. Fischer, in Steuer und Wirtschaft, 1949, S. 979.

22) Bölling-Berlin, in einem Aufsatz im "Rechtsspiegel der Wirtschaft", Heft 23/24, 1937, S. 941.

schafter ohne tätige Mitarbeit auf die Leistung ihrer Einlagen beschränkt. Mit der gleichen Absicht kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß die Kapitalkonten der Gesellschafter in Höhe der ursprünglichen Einlagen unverändert bleiben und daß alle Gewinne, Verluste und Entnahmen auf besondere Kosten verrechnet werden (23).

ß) Die kapitalistische KG

Diese trägt Züge einer Kapitalgesellschaft vor allem dann, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter mit keiner oder nur mit einer geringen Kapitaleinlage beteiligt und an die Weisungen eines oder einiger weniger Kommanditisten, als den eigentlichen Trägern des Gesellschaftsvermögens, gebunden sind, selbst aber kein nennenswertes Vermögen besitzen, so daß ihre unbeschränkte persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft praktisch wertlos ist (24). Es ist also möglich, im Gesellschaftsvertrag einer KG die Rechte des oder der persönlich haftenden Komplementäre so weitgehend einzuschränken und demgegenüber die Stellung der Kommanditisten derart zu stärken, daß von einer Personalgesellschaft im eigentlichen Sinne nicht leicht gesprochen werden kann (25).

γ) Die personenbezogene AG

Die AG kann auch personalistische Züge tragen. Der deutsche Gesetzgeber (26) selbst hat den Begriff der "personenbezogenen Kapitalgesellschaft" geprägt, unter dem er "Kapitalgesellschaften mit beschränktem Anteilskreis, bei denen Anteilseigner und gesetzliche Vertreter weitgehend personengleich sind" versteht. Die Beschränkung des Gesellschaftskreises sowohl bezüglich auf die Zahl als auch auf die persönlichen Eigenschaften der Aktionäre und die Beschränkung der freien Übertragbarkeit der Aktie durch ihre Zurückhaltung vom amtlichen Handel und Freiverkehr, sind zwei Hauptvoraussetzungen, die erfüllt werden müssen, damit eine Kapitalgesellschaft als personenbezogen gilt.

Durch die "personalistische GmbH", die Einmanngesellschaft und besonders durch die allgemeine Annahme der Kapitalgesellschaften als Gesellschafter in den Personalgesellschaften, geht die Verwischung der Gesellschaftstypen noch weiter.

Manche haben daher der Unterscheidung von Personen- und Kapitalgesellschaften inneren Wert und durchgreifende Bedeutung abgesprochen (27). Das ist aber irrig. Die Personalgesellschaft und die Kapitalgesellschaft sind Kategorien, in dem Sinne,

23) Paulick, Die eingetragene Genossenschaft, S. 58.

24) Paulick, a.a.O., S. 62;

Boesebeck, Die kapitalistische KG, 1938, S. 17, 18.

25) C. Fischer, a.a.O., S. 983.

26) Zweite Verordnung zur Durchführung der DAV vom 5.5.1942, § 5.

27) Manara, Trattato, No. 271; Goldschmidt, System, S. 131;

Fischer, in "Steuer und Wirtschaft", 1949, S. 979.

wie wir sie oben definiert haben. Über die eine herrschen die Ordnungsprinzipien der Selbstorganschaft, der persönlichen Haftung, des personenrechtlichen Gesellschaftsanteils, des Unternehmensbesitzes. Über die andere herrschen die Ordnungsprinzipien der Drittorganschaft, der Beschränkung des Risikos, des vermögensartigen Gesellschaftsanteils. Alle diese Ordnungsprinzipien sind nicht dem freien Belieben der Beteiligten unterworfen, weil es nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sich so große Mühe gegeben hätte, diese Leitideen bis ins einzelne durchzuführen, wenn er den Beteiligten hätte anheimgeben wollen, mittels der vertraglichen Gestaltungsfreiheit oder der Typenfreiheit seine Garantien für die Rechtssicherheit wieder völlig zu beseitigen (28).

Obwohl die einzelnen gesetzlich normierten Gesellschaftstypen durch atypische Elemente ihre typische Ausgestaltung ändern können, und das Atypische die Möglichkeit zur Schaffung neuer Typen gewährt, kann dies doch nicht den Unterschied zwischen den beiden Grundkategorien verwischen oder verschwimmen lassen, wie manche annehmen.

Atypische Elemente und Atypisches haben ihre Grenze: die Kategorie, das notwendig Typische. Es gibt nur zwei Möglichkeiten für eine neue Gesellschaftsform. Spielt die Person die größte Rolle, unterwirft die Gesellschaft sich dem Status der Personalgesellschaft. Hält aber die Persönlichkeit der Mitglieder sich im Hintergrund, unterwirft die Gesellschaft sich dem Status der Kapitalgesellschaft. Es gibt keine andere Möglichkeit. Eben diejenigen, die eine Nivellierung (29) zwischen diesen beiden Kategorien wollen oder sehen, können nicht das Vorhandensein des Dualismus Personalgesellschaft - Kapitalgesellschaft leugnen. Glaubt FISCHER (30), daß die kapitalistische KG eine Kapitalgesellschaft oder die personenbezogene AG eine Personalgesellschaft sei, macht er nichts anderes, unabhängig von der Frage der Richtigkeit dieser Auffassung, als wegen der Veränderung des Persönlichkeitsgewichts, ihren durchgreifenden Unterschied zu erkennen.

Die Personal- und die Kapitalgesellschaft sind keine Attribute oder Eigenschaften der vorhandenen und gesetzlich geregelten Gesellschaftsformen. Sie schließen jede Gesellschaft ein, die die Ordnungsprinzipien jeder von ihnen trägt. Sie sind Kategorien, nicht in einer bestimmten Gesellschaftenzahl beschränkt, sondern einerseits umfassen sie jede altförmige oder neuförmige Gesellschaft, die sich ihren Ordnungsprinzipien unterwirft und andererseits bilden sie die gesetzlichen Grenzen, die die Freiheit der Parteien nicht verletzen kann. Sie sind zugleich Inhalt und Gefäß.

28) Vgl. auch H. Lehmann, HR, II, S. 282.

29) Siehe Seite 76.

30) Fischer, in "Steuer und Wirtschaft", 1949, S. 983, 986.

S C H L U S S

Mit diesem Blick auf die Mischung der Gesellschaftstypen möchte ich die Unzulänglichkeit der jeweilig vorgeschlagenen Merkmale nachweisen. Die heutige Entwicklung des Gesellschaftsrechtes und die wirtschaftlich notwendige Mischung der Gesellschaftstypen lassen keinen Zweifel darüber bestehen, daß die Annahme eines Charakteristikums als absolute Grenzlinie zwischen Personal- und Kapitalgesellschaft, in dem Sinne, wie es die französische Doktrin besonders versucht hat, irreführend ist.

Die Übertragbarkeit der Aktie macht tatsächlich einen wichtigen Aspekt des Problems aus; sie ist aber nicht der einzige; die Leitideen zur Lösung des Problems sind die Ordnungsprinzipien und Grundgedanken des Gesellschaftsrechts, die die wirklichen Elemente der Personal- und Kapitalgesellschaften sind. Eine Möglichkeit zur Lösung des Problems beginnt, wo die Freiheit der Parteien endet.

